دكتور
عبد الحكيم أحمد شرف
أستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
بكلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر

بحوث في نقاط

من أسس التنفيذ الجبري

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الطبعه الاولى

١٤٢١هـ - ٢٠٠١م

مطبعة حمدي مدينة نصر شارع أبو بكر الصديق

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله حمدا يوافى نعمه ويكافئ مزيده ، والصلاة والسلام على سيد العالمين وخاتم المرسلين ، الذى بين احكام الشريعة ويسر سبلها ، وسن خير طريق للباحثين المجتهدين .

فجاءت ناصعة بيضاء صالحة فى اصولها لكل عصر ومكان ،من اتبعها فقد هدى الى صراط مستقيم .

" وبعد " فقد حظى القانون الوضعى بعناية فائقة من اساتذة اجلاء بذلوا الجهد المشكور فى تفصيله وتوضيحه وحل مشكلاته .

وقد اقبل الدارسون على نتاج هذه البحوث ، الا انهم فى غمرة سرورهم بهذا نسوا أو تناسو ان الفقه الاسلامى قد حوى كنوزا من تلك الاحكام .

الامر الذى دفعنى الى الخوض فى هذا المجال وابراز مواطن العظمة فيما ورد فى كتب الفقه الاسلامى على اختلاف مذاهبه .

وسيكون ما سنتناوله فى هذا الكتيب مقصورا على النقاط التى تصلح للمقارنة حيث ان التنظيمات والاجراءات المتعددة والتى تضمنها القانون الوضعى فى عصره الحاضر لم تكن الحاجة فى الماضى ماسة اليها ، فلا يقال أن الفقه الاسلامى قد قصر دونها .

وليس هذا عيبا عند ذوى البصائر والفهم السليم فان الشريعة الاسلامية فى الحقيقة تدعو الى النظام وتؤيد الاتجاه اليه وبخاصة ما كان محققا لمصلحة عامة .

ومن ثم فان الاصول الفقهية لا تأبى من الاجراءات الحديثة الا ما يخالف هذه الاصول من مناقضة للنصوص الصريحة والقواعد العامة للشريعة الغراء .

التى تدعو الى جلب المصالح ودرء المفاسد وسد ذرائع الفساد٠

وسنقسم فروع بحثنا هذا فصولا ثلاثة ٠

أولها : فى اجراءات التنفيذ الجبرى ٠

وثانيها: فى بيان طبيعة الجزاء على تصرفات المدين فى امواله المحجوز عليها

وثالثها: فى مراتب توزيع حصيلة اموال المدين على دائنيه

واتمنى أن أكون قد قدمت جديدا الى مكتبة الدراسات الشرعية القانونية المقارنة

ولا ازعم انى بهذا قد بلغت الكمال اذ الكمال لله وحده والله أسأل أن ينفعنا ويلهمنا الرشد والسداد٠

تمهيـــد

من المعلوم ان الدائنين والحاصلين على سند تنفيذى للحصول على حقوقهم قبل المدين ، لابد من اتباعهم من اجراءات معينة لضمان سلامة ما يقومون بـه ، ممـا يستتبع حجز اموال مدينهم فيمنع من التصرف فيها .

وهو مايستتبع بيـان طبيعـة الجزاء المرتـب على تصرفات المدين فى اموالـه المحجوزة.

كما سـنبين بعد ذلك مراتـب توزيـع امـوال المدين بعد بيعها .

وهو ما نجد ان نصوص الفقـه الاسلامى والقانون الوضعى قد تناولت كل ذلك على ما سنبينه فى الفصـول التاليـه .

المبحث الأول

البيع بطريق المزاد العلنى

وهو ما سنتناوله فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى فى المطلبين التاليين .

الفصل الأول

فى اجراءات التنفيذ الجبرى
على اموال المدين

وسنقصر كلامنا هنا فقط على البيع بالمزاد العلنى ، ثم خيار الحاكم فى البيع ، ثم حضور الدائنين ومدينهم وقت المزايدة لايقاع البيع وهو ما سنتناوله فى المباحث الثلاثة الاتية :-

المطلب الأول
فى الفقـــه الاســلامى

لقد اوجب المشرع الاســـلامى على القضاء أن يبيع اموال المديـن بطـريق المزاد العلنى[١] حتى يجنى المدين اكبر قدر ممكن من الزيادة فيما سيجـــرى التنفيـــذ عليه من امواله ، وذلك فضلا عما استحبه الفقهـــاء من بيع كـل نوع من اموال المدين فى سوقه الخاص به ان وجد ذلك - ومرد ذلـــــك الاستحباب - لأن البيـــع لنوع معين من اموال المدين فى سوقه الخـاص بـه انـــما هو احوط لمعرفة قيمتـــه ، اذ ان اهل ســـوق كل نوع اعـرف مـن غيرهم بقيمة المتاع .

وذلك فضـــلا عن توافر كثرة الراغبين فيه ، حيث من يطلب ســـلعة بعينها فى مكانها المخصص لها اكثر وفرة من اى مكان آخر .

---

(١) وقد استدل الفقهاء على شرعية بيع المزاد بداية بما رواه اصحـــاب السنن الاربعة من حديث انس بن مالك رضى الله عنه ان رجلا من الانصـار أتى الى النبى صلى الله عليه وسلم يسأله - أى يسأله أن يعطـه شـــيئا - فقال له النبى صلى الله عليه وسلم اما فى بيتك شئ ؟ "قال : بلى حلـــس نلبس بعضه وقصب نشرب فيـــه ، قال ائتنى بهما "فأخذهما رسول الله صلى الله علية وسلم وقال : "من يشترى هذين ؟ "فقال رجل انا اخذهما بدرهـــم فقال : علية الصلاة والسلام من يزيد على درهم ، مرتين أو ثلاثا " فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما اياه واخـذ الدرهمين ، فأعطاهما الانصارى وقال له "اشتر بأحدهما طعاما فانبذه الى اهلك واشترى بالاخر فأسا فأتنى به "، فأتاه فشد رســـول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيـــده ثم قـــال: انهب فاحتطب وبع ولا ارينك خمسة عشر يوما "، فذهب الرجل يحتطـــب ويبيع فجاء وقد اصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تجئ المسألة نكتـة فى =

بيد أن الفقه لم يسبغ ثوب الوجوب على هذا الاجراء الاخير [(١)] "وهو بيع كل شئ فى سوقه" .

بل انه اضفى عليه لباس الاستحباب ليدع لقاضى التنفيذ - على حد المصطلح القانونى - مكنة النظر فيما هو اصلح للمدين وللدائنين على السواء

وقد يرى الحاكم مثلا أن يتم البيع فى المكان الذى توجد به اموال المدين لتوفير مؤنة حملها الى السوق مثلا اذا كان ما يراد بيعه فى مكان بعيد عن السوق ، أو كان حجمه كبيرا أو وزنه ثقيلا يحتاج الى كثير نفقة ، وذلك فضلا عن أن النقل قد يكون مستحيلا كما هو الحال فى العقارات .

= وجهك يوم القيامة - مسند الامام احمد جـ٣ ص ١١٤ .
وهذا ما عبر عنه صاحب الفتح القدير جـ٥ ص ٢٣٩ وما بعدها " ولا بأس ببيع من يزيد وهو صفة البيع الذى يجرى فى اسواق مصر المسمى بالبيع فى الدلالة . ..... ثم ذكر الحديث السابق ، وانظر كذلك بدائع الصنائع جـ٥ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ وفى ذلك يقول الامام الشيرازى فى المهذب جـ١ ص ٢٩١ "واما اذا عرضت السلعة فى النداء جاز لمن يشاء أن يطلبها ويزيد فى ثمنها" وانظر كذلك الشرح الكبير على متن المقنع جـ٤ ص ٤٢ ، ٤٣

(١) وفى ذلك يقول ابن قدامه فى المغنى جـ٤ ص ٤٩٤ " ويستحب بيع كل شئ فى سوقه البر فى البزازين والكتب فى سوقها لانه احوط واكثر لطلابه ومعرفه قيمته فان باع فى غير سوقه بثمن مثله جاز لأن الغرض هو تحصيل الثمن وربما ادى الاجتهاد الى ان ذلك اصلح " .

وسواء تم البيع في السوق أو في مكان وجود المال ، فانه لابد وأن يكون ذلك بثمن المثل[١] ، مع ضرورة توافر الشرط الجوهري وهو حتمية البيع بالمزاد العلني عن طريق النداء على اموال المدين بواسطة من يختاره الدائنون لذلك على أن يكون ثقة[٢] .

ويفضل المتطوع بذلك لأنه أوفر للمدين " فان لم يكن هناك من يتطوع بالنداء استأجر القاضي من ينادي على المال من سهم المصالح فهو كأجرة الكيال والوزان في الاسواق ، فان لم يكن سهم المصالح اكترى من مال المفلس لأنه يحتاج اليه لايفاء ما عليه فكان عليه ، ويقدم على سائر الديون لأن في ذلك مصلحة له[٣] " .

ولكن هل يجوز للمدين أن يتقدم عند المزايدة لشراء امواله ؟ .

لم اعثر بجهدي المتواضع على نص فقهي يبين الحكم الشرعي في ذلك .

ولكن ثمة تساؤل يمكن ان نطرحة في هذا الصدد وهو :

هل يجوز للمالك أن يشتري ما يملكه؟ الفرض هنا أن المدين مالك لما يجري التنفيذ عليه من امواله - حيث مازالت باقية على ملكه قبل تمام البيع - هذا من ناحية . ومن ناحية ثانية لو حللنا دوافع هذا المدين لشراء امواله لأدى ذلك الى القول بجواز منعه من شرائها - على ما يبدو لي - اذ انه لو

---

(١) انظر المرجع السابق في الموضع السابق

(٢) اما اذا كان غير ثقة كان للحاكم ان يرده ويختار هو من يراه " فان قيل فلم يرده واصحاب الحقوق قد اتفقوا عليه فأشبه مالو اتفق الراهن والمرتهن على ان يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض ؟
قلنا لان للحاكم هنا نظرواجتهاد فانه قد يظهر غريم اخر متعلق حقه به ، فلهذا نظر فيه ، بخلاف الرهن فانه لانظر فيه للحاكم " وانظر ابن قدامة في المرجع والموضع السابقين والشافعي في الأم جـ٣ صـ١٨٥

(٣) الامام الشيرازي في المهذب جـ ١ صـ٣٢٩ =

كان راغبا فى الشراء بثمن المثل ، أفلم يكن اولى به أن يفى بثمنها طوعـــــا ، اما وأنه أبى الوفاء اختيارا فليكن البيع جبرا عنه ٠

ولئن كان راغبا فى الشراء بأقل من ثمن المثل حتى تعجز حصيلة التنفيذ عن الوفاء بحقوق دائنيه قصدا الى الاضرار بهم فلا بد من رد قصده السئ عليه ٠

وذلك فضلا عن ان ذمته ستظل مشغولة بما بقى من حقوق دائنيه مما يعرضه ثانية لاعادة التنفيذ الجبرى على امواله وفاء لما بقى من تلك الحقوق ٠

و هنـا يثار تساؤل آخر وهو : هل يجوز شرعا منع القائمين على أمـــــر التنفيذ على اموال المدين كالقضاة والمحضرين ٠٠٠٠ الخ من شراء تلك الاموال التى يجرى التنفيذ عليها ؟٠

وأبادر الى القول بأن الفقه الاسلامى لم يتضمن نصا مباشرا فى الاجابـــــة على هذا التساؤل٠

ومع ذلك : رأينا الفقه الحنفى وهو ينص على أنه " لايجوز للقاضى أن يبيــــع ماله لليتيم ولا أن يشترى مال اليتيم لنفســـه"(١) ٠ ـ وذلك للشبهة ـ

افلا تتفق علة ذلك المنع مع علة منع القضاة وأعوانهم من شراء الاموال التى يجرى التنفيذ عليها ؟٠

ولو فرضنا أن ذلك مباح للقضاة وأعوانهم فان من حق ولى الامر تقييــــــد المباح لمصلحة راجحة ٠

وهل تكون فى تلك الحالة مصلحة أرجح من أن ننأى بالقضاء عن مواطـــن الظنة والشبهة ؟٠

= انظر كذلك تحفة المحتـــاج جـــ٤ صـــ٤٢١ ، والبحر الزخار جـ٥ صــــ٨٢

(١) انظر المادة ٣٦٢ من مرشد الحيران لمحمد بك قـــدرى٠

المطلب الثانى

فى القانون الوضعـــى

لقد أوجب المقنن الوضعى أن يتم التنفيذ الجبرى على اموال المدين بطـريق المزاد العلنى ، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة ٣٨٤ مرافعات من أنه " يجرى البيع بالمزاد العلنى بمناداة المحضر بشرط دفع الثمن فورا٠٠٠٠" وتخلـــــص الحكمة التى هدف اليها المقنن من حتمية البيع بالمزاد العلنى فى امـــــور ثلاثة كما نص الـفقه على ذلك ٠

الامـر الاول :

أن المزاد العلنى يكفل زيادة عدد المتقدمين للشراء بما يستتبعه ذلك مـــن تحقق المنافسة بين المتزايدين مما يؤدى بدوره الى رفع ثمن المبيع الى اقصى قدر ممكن ، ولا ريب أن فى ذلك مصلحة للمدين وللدائنين كذلك

الامر الثانى :

أن المزايدة العلنية من شأنها أن تجعل اجراءات البيع تحت سمع وبصـــر الجميع ، ولا شك أن ذلك يتيح الفرصة لكل ذى شأن من مراقبة صحة اجراءات البيع وهذا فضلا عما تترجم عنه تلك العلانية من حسن مراعاة ممثل السلطـــة العامة للقانون ٠

الامـر الثالث :

أن المزايدة على هذا النحو تكفل تماما الحيدة بين المتزايدين ، وتدرأ مـــا يمكن أن يؤدى اليه عدم المزايدة من محاباة لبعض المتزايدين على بعض ، ممـا يستتبع القول بأن تلك العلانية تمثل آية صدق على وضع الجميع على قـــــدم

المساواة [١].

بيد أن المقنن الوضعى وان كان قد أوجب تمام بيع اموال المدين على هــذا النحو ، الا أنه لم يستلزم لذلك نقل الاشياء التى ستعرض للبيع من محلهـــا الذى توجد فيه .

اذ الاصل أن تتم اجراءات البيع فى المكان الذى توجد فيه الاشياء والــتى يراد اجراء المزايدة بالبيع الجبرى عليها — ومع ذلك — فقد اجاز القانون للمحضر — وبغير اذن من القضاء — أن ينقل هذه الاشياء الى اقرب سوق عام لتبيعها فيه ،وذلك اذا ما قدر أن من شأن البيع فى السوق العام جذب اكبر عدد مــن الراغبين فى المزايدة.

كما اجاز القانون أيضا للمحضر أن يجرى البيع فى غير المكان الذى يوجــد فيه الشئ ، وفى غير السوق العام وان كان قد اشترط لذلك الحصول علــى اذن من قاضى التنفيذ الذى يقرر اصدار هذا الاذن بناء على طلبه أو الدائنــين الحاجزين ومع ذلك : فان اتمام البيع دون الحصول على هذا الاذن لا يستتبــع بطلان البيع ، وان كان يجيز الرجوع على المحضر أو الدائن مباشر الاجراءات بالتعويض ان كان لذلك مقتض [٢]

(١) انظر فى ذلك د/ احمد ابو الوفا اجراءات التنفيذ ط ١٩٧٦ فـ ٣٣٦ ، صـ ٧٢٢ وما بعدها — فتحى والى فى التنفيذ الجبرى صـ ١٩٨٠ فـ ٢٣٣ صـ ٤٢٣ ، ٤٢٤ — محمد عبد الخالق عمر فى مبادئ التنفيذ ط ١٩٧٨ فـ ٤٥٢ صـ ٥٠٠ ، ٥٠١ — وجدى راغب فى النظرية العامة للتنفيذ القضائي فى قانون المرافعات المدنية والتجارية صـ ٢١٠ — عبد العزيز بديوى فى الوجيز فى قواعد واجراءات التنفيذ الجبرى والتحفظ ط ١٩٧٥ صـ ١٨٦ ، ١٨٧

(٢) احمد أبو الوفا المرجع السابق ص ٤٣٨ — فتحى والى المرجع السابق صـ ٤٤٠ — محمد عبد الخالق عمر المرجع السابق صـ ٥٠٠ ، ٥١٠ — عبد العزيز بديوى المرجع السابق صـ ١٨٧ — وجدى راغب المرجع السابق صـ ٢١١

وهذه الاحكام هى تلك التى تضمنتها المادة ٣٧٧ مرافعات والتى تقضى بانه " يجرى البيع فى المكان الذى توجد فيه الاشياء المحجوزة أو فى اقرب سوق ولقاضى التنفيذ مع ذلك أن يأمر باجراء البيع بعد الاعلان عنه فى مكان اخر بناء على عريضة تقدم له من احدذوى الشأن " .

ومع ان المقنن الوضعى قد اوجب حتمية البيع بالمزاد حتى يتحقق الوصول الى اكبر ثمن ممكن الا ان الفقه قد نص على ضرورة مراعاة الملاحظتين التاليتين :-

أولا : انه اذا تعلق البيع بمنقولات مسعرة تسعيرا جبريا فانه يجب ارساء المزاد بمجرد ان يتقدم عطاء بهذا السعر اذ لايجوز ان يتم البيع الجبرى بازيد من التسعيرة حتى لا تشارك الدولة فى مخالفةالتسعيرة (١)

ثانيا : انه اذا تعلق البيع بمصوغات أو سبائك نهبية للمدين ، فانه لا يجوز بيعها بأقل من قيمتها التى قدرها اهل الخبرة

وبالتالى فانه اذا لم يتقدم احد لشرائها بنفس القيمة التى قدرها الخبراء أو اكبر ، فانه يجب على المحضر حفظها فى خزانة المحكمة ويستوفى الدائنون حقوقهم منها عينا (مادة ٣٨٥ مرافعات)

اللهم الا اذا اعيدت المزايدة عليها فى جلسة اخرى ولم يتقدم لشرائها احد بالثمن الذى حدده الخبراء من قبل ، فانه يمكن ان تباع بأقل من هذه القيمة (مادة ٣٨٦ مرافعات (٢))

واخيرا : فانه اذا كان الاصل فى المزايدة أن يكون بابها مفتوحا لكل راغب فى الشراء الا ان قانون المرافعات قد نص على منع بعض الاشخاص من

---

(١) فتحى والى المرجع والموضع السابقين

(٢) احمد أبو الوفا المرجع السابق ص ٤١٦ - فتحى والى المرجع والموضع السابقين.

التقدم للمزايدة بأنفسهم أو عن طريق الغير ، وذلك اما لكون من منعه القانون لامصلحة له يجنيها من وراء اشتراكه فى المزايدة ، واما للابتعاد عن مظنة وشبهة التواطئ ، والقصد الى حيازة مغانم شخصية على حساب المدين أو الدائنين ...

وهؤلاء الاشخاص هم :-

أولا : المدين . فلا يجوز له أن يشترى المال موضوع البيع بالمزاد ، وذلك نظرا لكونه المسئول مسئولية شخصية عن الدين .

اذ لو كان لديه رغبة فى شراء المال بثمن اقل من ديونه مثلا ، فانة سيظل مع ذلك مسئولا عن البقية الباقية من هذا الدين وذلك فضلا عن تعرضه لاعادة التنفيذ عليه لاستيفاء ما تبقى من حقوق الدائنين.

ثانيا : القضاة الذين نظروا بأى وجه اجراءات التنفيذ والمسائل المتفرعة عنه. والعلة التى حدت بالمقنن الى النص على ذلك ، هى حماية نزاهة القضاة وصون سمعتهم ، والتى تمثل بدورها حفاظا على قدسية القضاء

ثالثا : المحامون والوكلاء عن الدائنين الحاجزين والمباشرين لاجراءات التنفيذ أو الوكلاء عن المدين .

وتخلص العلة التى حدت بالمقنن الى استبعاد مثل هؤلاء من الاشتراك فى المزايدة ، فى قطع الطريق عن النائب الذى قد يغلب مصلحته الشخصية فى شراء المال بأقل ثمن ممكن على مصلحة من ينوب عنهم فى بيعه بأكثر ثمن (١)

وهؤلاء الاشخاص هم الذين نصت عليهم المادة ٣١١ مرافعات بقولها "لايجوز للمدين ولا للقضاة ولا للمحامين الوكلاء عمن يباشر الاجراءات أو المدين أن يتقدموا للمزايدة بأنفسهم أو بطريق تسخير غيرهم والا كان البيع باطلا "

(١) انظر فى تفصيل ذلك فتحى والى المرجع السابق ص٤٤٦ ،٤٤٧ محمد عبد الخالق عمر ص٥٠٢ ،السنهورى فى الوسيط جـ٤ف٥٤ص١٠٢ وجدى راغب المرجع السابق ص٢١١

خلاصـــة ومقـارنة

ويتبين مما تقدم انه لا خلاف على الاطلاق بـــين ما يراه الفقه الاســـلامى وما سنه المقنن الوضعى من بعد سواء فيما يتعلق بذلك الحكم الذى اسبـــــغ عليه ثوب الوجوب وهو البيع بالمزاد العلنى .

ولا فى ذلك الحكم الذى سنه المشرع الاسلامى على جهة الندب وهـــــو بيع كل شـــئ فى ســـوقه .

ولئن كان الفقه الاســـلامى لم ينص صراحة على استبعاد بعض الاشخـــاص من الاشتراك فى المزايدة .

فلا أظن أن قواعد المصلحة المرســـلة تضيق عن الوفاء بمقتضـــــــيات الضـــرورة ، وبخاصة ما كان ســـبيلا الى الابتعـــاد عن مواطن الـظنـــــة والشبهة ، وكما نص على ذلك الفقه الحنفـــى كما ســـبق بيانـــه.

المبحث الثاني

خيار الحاكم فى البيــــع

ويتضمن ذلك مطلبين الاول فى الفقه الاسلامى . والثانى فى القانون الوضعى

المطلب الاول : فى الفقه الاســـلامى .

كما أوجب المشرع على الحاكم ان يكون بيعه لاموال المدين عن طريــــق المزاد العلنى . فانه أوجب كذلك أن يكون هذا البيع على سبيل الخيــــار للحاكم لمدة لا تقل عن ايام ثلاثة .

ومفاد ذلك :

ان تكون الخيرة للحاكم فى هذه المدة بين أن يتم البيع لمن تقدم للشــــراء أو يفسخه .

وعلة هذا الحكم كما نص عليه الفقه : هى الرغبة فى استقصاء حالــــة السوق وطلب الزيادة فى الثمن رعاية لمصلحة المدين والدائنين كذلك ، اذ قــد يظهر فى اثناء هذه المدة - وهى مدة الخيار - من يتقدم للشراء بثمن اكــبر (١)

ومن ثم فانه لو اتم الحاكم البيع قبل مضى مدة الخيار التى اشترطهــــا المشــرع ، ثم تقدم فى اثناء هذه المدة من يطلب الشراء بثمن اكبر ، فانــه لا نفاذ للبيع الاول بل يلزم الفسخ (٢) اذ أن تصرف الحاكم بالبيع هنا ، انما

---

(١) انظر فى ذلك الخرشى فى شرحه لمختصر خليل جـ ٥ ص٣١٠ حيث يقــول " ويكون البيع بالخيار فيه للحاكم ثلاثة أيام للاستقصاء وطلب الزيادة فــى كل سلعة من حيوان وعروض وعقار ، بخلاف خيار التروى فيختلف باختلاف السلع." وانظر كذلك قليوبى وعميرة جـ ٢ صـ٢٨٨

(٢) وفى ذلك يقول ابن قدامة فى المغنى جـ٤ ص٤٩٤ " وان زاد فى السلعة زائــد

هو على سبيل النيابة عن المتين ، ولا ريب أن النائب عليه أن يفعل ما فيه مصلحة من انابه [١]،

وذلك فضلا عن ان المشترى الاول - يفترض فيه - انه يعلم مقدما أن للحاكم حق الخيار فى هذا البيع مما ينفى نسبة الاضرار به الى الحاكم ·

اما اذا لم يتقدم احد للشراء بسعر اعلى فى اثناء مدة الخيار فانه لا فسخ للبيع الاول وان كان المشرع قد استحب للحاكم فى هذه الحالة أن يسأل المشترى الاقالة اذا تقدم احد للشراء بسعر اعلى بعد انتهاء هذه المدة ،كما انه استحب للمشترى كذلك أن يجيب الحاكم الى طلبه لما فى ذلك من معاونة المدين على قضاء دينه ودفع حاجته [٢]

المطلب الثانى : فى موقف القانون الوضعى من خيار الحاكم فى البيع الجبرى [٣]

لئن كان المشرع الاسلامى قد قضى بحتمية أن يتم بيع اموال المدين على سبيل الخيار للحاكم ولمدة أيام ثلاثة لاحتمال وجود من يرغب فى الشراء بثمن اكبر كما سبق ·

= فى مدة الخيار لزم الامين الفسخ لانه امكنه بيعه بثمن فلم يجز بيعه بدونه كما لوزيد فيه قبل العقد "

(١) انظر فى ذلك حاشية البجرمى على منهج الطلاب جـ٢ ص٣٦٩

(٢) وفى ذلك يقول ابن قدامة فى المغنى جـ٤ ص٤٩٤ " وان زاد بعد لزوم العقد استحب للامين سؤال المشترى الاقالة ، واستحب للمشترى الاجابة الى ذلك لتعلقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه "وانظر كذلك الشرح الكبير للمقدسى على هامش المغنى فى الموضع السابق · وكشاف القناع جـ٣ ص٣٦١ ، البجرمى فى حاشيته على شرح منهج الطلاب جـ٢ ص٣٩٦والامام الخرشى فى شرحة لمختصر خليل جـ ٥ ص ٣١٠

(٣) انظر فى ذلك مؤلفات اساتذة قانون المرافعات

فان القانون الوضعى لم يقض بمثل ذلك ، وانما قضى بتمام البيع مباشرة بعد مضى المدة التى نص عليها القانون بالنسبة لاخرمتزايد وهو مرور ثلاث دقائق على المتزايد السابق للاخير.

ويستوى فى ذلك ان تكون المزايدة مبدوءة بثمن اساسى كما هو الحال فى التنفيذ على العقار ، أو لم يكن كما هو الحال فى التنفيذ على المنقول .

وربما كانت الحكمة التى سوغت للمقنن الوضعى القضاء بما نص عليه هى الرغبة فى حسم البيع الذى يتم عن طريق المزايدة فى اقرب وقت ممكن.

بيد أن ما نص عليه الفقه الاسلامى فى هذا الصدد هو الاقرب الى مصلحة المدين والدائنين وذلك لامرين :-

الامر الاول :- هو كثرة الراغبين فى الشراء بطول مدته ، مما قديستتبع زيادة الثمن .

الامر الثانى :- ان المدة التى نص عليها المشرع الاسلامى وهى الايام الثلاثة ليست من الطول بحيث تعطل اجراءات البيع ولكنها مدة راعى الفقه فى تحديدها ظروف التنفيذ وجانب السرعة فى تمامه .

وذلك فضلا عن أن الواقع العملى ينطق بأن الراغبين فى الشراء عن طريق المزاد لن تمنعهم هذه المدة ما دام بهم رغبة فى هذا الشراء .

ويبدو لنا أن العلة التى هدف اليها المشرع الوضعى من سرعة البت فى ايقاع البيع يوم اجرائه - أى يوم البيع ذاته - هى معرفة غالبية الناس لميعاده حيث سبق ذلك اخبار واعلان ولصق ونشر كما هو معلوم من نصوص القانون

وذلك فضلا عن رغبة المشرع الوضعى فى العمل على سرعة ايصال الحقوق لاصحابها .

ولئن كانت علة ارجاء البت فى ايقاع البيع مدة الخيار فى الفقه الاسلامى كما اشرنا من قبل هى اتاحة الفرصة لاكبر عدد ممكن من المتزايدين فماذلك الا

لان وسائل الاعلام كانت حسب الحال – فى زمانهم السابق – غير كافية ،وذلك بخلاف الحال فى العصر الحاضر ٠

وبالتالى فانه لاخلاف من حيث الهدف الذى تغيا ه كل من المشرع الاسلامى والمقنن الوضعى ٠

المبحث الثالث

حضور الدائنين ومدينهم وقت المزايدة لايقاع البيع

وسنتناول ذلك فى مطلبين : الاول فى الفقه الاسلامى والثانى فى القانون الوضعى •

المطلب الاول : فى الفقه الاسلامى •

لقد استحب المشرع حضور الدائنين ومدينهم لاجراءات البيع فى التنفيذ الجبرى على اموال المدين ، وتخلص الحكمة التى هدف اليها المشرع من استحباب هذا الحكم فيما يلى :-

أولا : بالنسبة للمدين :

١ - لان المدين هو صاحب المال الذى يجرى التنفيذ عليه لاشك انه اعرف بالقيمة الحقيقية لمتاعه ، اذ هو اعلم الناس بجيده ورديئه ولا يمكن بالتالى أن تبخس قيمة المبيع فى حضرته بدعوى رداءته مثلا رغم انه جيد •

وذلك فضلا عن ان المدين هو الاقدر على الافصاح عما يقع من غبن فى تقدير قيمة المبيع

٢ - لان حضور المدين لاجراءات البيع يكون ادعى لاطمئنانه حيث يمكنه احصاء الثمن وضبط مجموعة وذلك فضلا عن ان حضوره لتلك الاجراءات سوف يكون اقطع لحجته فى دعوى الغبن فى تحديد القيمة أو ما شاكل ذلك

٣ - لان حضور المدين لاجراءات التنفيذ على امواله فيه تطييب لنفسه حيث انه يشارك فى البيع فيبدو هذا الاخير وكأنه يجرى باختياره

ولا شك أن فى ذلك تطييب لخاطره الى حد ما

٤ - لان بيع الشئ فى حضور صاحبه ربما ادى الى كثرة الراغبين فيـــه وكثرة الرغبة فى الشراء ربما استتبعت الزيادة فى الثمن وفى ذلـك مصلحة للمدين ولدائنيـــه كذلك[1].

ثانيا : بالنسبة للدائنين :-

واما عن الحكمة فى استحباب حضور الدائنين يوم اجراء البيع فـــهى تتخلص فيما يلى :-

١ - ان هذا المال يباع لهم فيكون من الافضل حضورهم لاجراءات البيع عليه .

٢ - لان حضور الدائنين يوم بيع اموال المدين ربما أدى الى رغبتهم فى الشراء لانفسهم فيزيدوا فى الثمن فيكون ذلك اصلح لهـــــم وللمدين .

٣ - لان حضور الدائنين فيه نفى للتهمة وبعد عن شبهة التواطى مـــع المدين .

---

(١) وفى ذلك يقول المقدسى فى الشرح الكبير على هامش المغنى ج٤ ص٤٩٣ " ويستحب أن يحضر المفلس البيع لامور اربعة احدها ليحصى ثمنـــه ويضبطه - الثانى انه اعرف بثمن متاعه وجيده ورديئه فاذا حضر تكلم عليـه وعرف الغبن من غيره - الثالث - أن تكثر الرغبة فيه فان شراءه مـــن صاحبه احب الى المشترى - الرابـع - ان ذلك اطيب لنفسه واسكـــن لقلبـــه "

وانظر كذلك

الخرشى فى شرحه السابق فى نفس الموضع .

الشافعى فى الام ج ٣ صـــ١٨٤ ، ١٨٥

٤ - لان حضور الدائنين قد يؤدى الى ان يجد احدهم عين ماله قائمة ضمن ما يجرى التنفيذ عليه ، فيحق له آن ذلك أن يستردها من اموال المدين فلا يخضع لذلك لقسمة الغرماء مع سائر الدائنين الاخرين (١)

بيد أن الامر فى النهاية متروك لنظر القضاء واجتهاده فقد يرى التعجيل فى البيع دون حضور المدين أو الدائنين لمصلحة تربو على تحصيل سنة حضورهم فيحق له آنذاك أن يعمل بما اداه اليه اجتهاده ٠

وهذا هو ما عبر عنه العلامة البهوتى بقوله (فان لم يفعل وباعه من غير حضورهم كلهم جاز لان ذلك موكول اليه ومفوض الى اجتهاده وربما اداه اجتهاده الى خلاف ذلك وبانت له المصلحه فى المبادرة الى البيع قبل احضارهم) (٢)

---

(١) وفى ذلك يقول المقدسى فى المرجع السابق ص ٤٩٤ " ويستحب احضار الغرماء ايضا لامور اربعة احدها ٠ انه يباع لهم ٠ والثانى انهم ربما رغبوا فى شراء شئ منه فزاد وافى ثمنه فيكون اصلح لهم وللمفلس الثالث ٠ أنه اطيب لقلوبهم وابعد عن التهمة الرابع ٠ لعل فيهم من يجد عين ماله فيأخذها " وانظر كذلك فى نفس المعنى ٠
ابن قدامة فى المغنى جـ٤ ص ٤٩٤ - الشافعى فى الام جـ٣ ص ١٨٤ ، ١٨٥
الخرشى فى شرحه السابق جـ ٥ ص ٣١٢

(٢) انظر فى ذلك : البهوتى فى شرح منتهى الارادات جـ٢ ص١٤٧
المقدسى وابن قدامة فى نفس المرجع والموضع السابق ٠

المطلب الثانى

موقف القانون الوضعى من استحباب حضور الدائن والمدين لاجراءات التنفيذ على المال

لئن كان المقنن الوضعى قد وجه من يقوم باجراءات التنفيذ على اموال المدين بداية - وهو المحضر - الى عدم جواز حضور الدائن[1] طالب التنفيذ اثناء توقيع الحجز مادة ٣٥٥ مرافعات .

بل واوجب على المحضر أن يطلب منه ترك المكان الذى يوجد فيه المال ان وجد الدائن فيه وذلك منعا لاستفزاز المدين ، ووقاية مما قد يقع من احتكاك بين الدائن ومدينه .

فان المقنن الوضعى لم يسلك نفس السبيل وقت ايقاع البيع على اموال المدين ، اذ لم يوجد فى النصوص القانونية ما يحول بين الدائن والمدين من الحضور يوم اجراء المزايدة ، بل أن حضور الدائن قد يكون مرغوبا فيه فقد لايتقدم احد لشراء ما يجرى التنفيذ عليه من اموال المدين ،وهنا يجيز المقنن للدائن الحاجز أن يأخذه استيفاء لدينه بالقيمة التى يحددها خبير يعينه المحضر مادة ٣٨٧ مرافعات .

ومن ثم فانه ليس هناك فى نصوص القانون ما يحول بين الدائن وبين هذا الحضور ، بل ليس هناك ما يمنع من ان يتقدم الدائن فى المزايدة وليس ببعيد ان يرسو عليه المزاد نتيجة لذلك .

اما بالنسبة للمدين :

فلئن كان المقنن قد منعه من التقدم للمزايدة - كما سبق القول - الا انه ليس هناك مايمنع من حضوره لاجراءات البيع على امواله لسكوت المقنن عن نص =

(١) د/ احمد أبو الوفا المرجع السابق ص ٤١١

خاص بذلك ٠

ومن ثم فان المطلق يظـــل على اطـــلاقه ٠

وعلى كل فان حضـــور الدائن والمديـــن لاجراءات البيـــع على امـــوال الاخير فى الفقه الاســـلامى ليس على سبيـــل الوجوب وانما هو امـــر ندب اليه الشـــارع للحكمة التى اشـــرت اليها من قبل ٠

بل انه ترك القول الفصـــل فى ذلك لما يـــرى القضاء انـــه الاصـــلح فى هذا الصـــدد

= د/ فتحـــى والى فى المرجع السابق ص٢٨٤ وانظر ايضا كتب اساتـــذة المرافعات فى ذلك ٠

الفصل الثانى

طبيعة الجزاء على تصرفات المدين
فى امواله المحجوز عليها وشروط تطبيقه

ويتضمن الكلام فى هذا الفصـــل بمحثين فى الاول بيـــان طبيعـــــــــة الجزاء على تصـــرفات المدين فى اموالـــه المحجـــوز عليها وفى الثانـــى شـــروط عدم نفـــاذ التصـــرف فى هذه الاموال المحجوز عليهـــــا ٠

المبحث الأول

في طبيعة الجزاء على تصرفات المدين في أمواله
المحجوز عليها وفيه مطلبان

الاول في الفقه الاسلامي

والثاني في القانون الوضعي

المطلب الأول

في الفقـــه الاســـلامى

طبيعة الجزاء على تصرفات المدين فى الفقهالاســـــلامـــى

لقد انعقدت كلمة الفقهاء على حكم تصرفات المدين المحظور عليه مباشرتها من حيث اثرها اذ أن الجميع يسلم بعدم سريانها فى حق الدائنين ، وذلـــك هو ما عبر عنه احد الفقهاء بقوله : " فان تصرف المدين المحجور بالبيع مثـــلا كان تصرفه غير نافذ ولو حصل القبض"(١)

بيد أن الفقه الاسـلامى على عادته فى تأصيل احكامه لم يقنع بالاغـــاق على الحكم من حيث اثره ، بل راح ينقب فى النصوص الشرعية على اسبـــاب عدم النفـــاذ ذاك.

فهل يكون احتجاباثر التصرف بعدم سريانه فى هذه الحالة وما ماثلهـــا مؤسسا على بطلانه ام أنه يرجع الى نظام شرعى آخر ؟

ولقد تبلور البحث عن ذاتية هذا التصرف وطبيعته الى بروز اتجاهين فـــى هذا الصدد.

الاتجاه الاول :

ويرى أن عدم نفاذ التصرف فى حالتنا تلك انما ينهض تأسيسه على بطـلانه منذ البداية .

ويمثل هذا الاتجاه الفقه الحنبلى والقول الثانى فىالفقه الشافعى والفقـــه الامامـــى .

ولقد احتج انصار هذا لاتجاه بمايلى :-

أولا : ان الحجز يقتضى انعدام اثر تصرفات المدين المحجور عليه اذ أن

---

(١) شهاب الدين احمد الشلبى فى حاشيته على الزيلعى جـ ٥ صـ ١٩٠

ذلك هو الذى يؤدى الى الحفاظ على حقوق الدائنين التى تعلقت بأموال ذلك المدين .

ولا يمكن ان ينهض لذلك تسبيبا سوى القول ببطلانها بداية .

لانه النظام الشرعى الذى يستتبع عدم نفاذ التصرف والذى يتعذر معه وقوع التصرفات على وجه صحيح (١)

ويمكن ان يناقش هذا الدليل بأن الحجر لوكان يستتبع انعدام تصرفات المدين لاستتبع كذلك انعدام تصرفات المدين الذى ركبته ديون فى حال صحته ، لان العلة فى الحالتين واحدة ، وهى الحفاظ على تلك الاموال التى تعلقت بها حقوق الغير ، ولما كان من المسلم به ، ان الحجر على المريض لا يؤثر فى تصرفاته بالبطلان وكذلك الحال هنا لانعدام الفرق بينهما وذلك فضلا عما ينطوى عليه ذلك القول من انكار لوجود نوع من انواع التصرفات وهو التصرف الموقوف وذلك مالم يقل به احد حتى من اصحاب هذا الرأى .

ثانيا : استدل اصحاب هذا الاتجاه كذلك على تأسيس عدم النفاذ على البطلان : بقياس عبارة المدين المحجور عليه على عبارة الصبى غير المميز بجامع سلب اهلية التصرف فى كل منهما (٢)

---

(١) انظر فى ذلك الام للشافعى جـ٣ صـ١٨٦ والمغنى جـ٤ صـ٤٨٩ حيث يقول " ومتى حجر عليه لم ينفذ تصرفه فى شئ من ماله ، فان تصرف ببيع أوهبة أو وقف أو اصدق امرأة لم يصح "
وانظر كذلك مفتاح الكرامة جـ٥صـ٣١٦ حيث يقول معللا للرأى الثانى ببطلان تصرفات المدين "لانه ممنوع منه على وجه سلبت فيه اهليته ،وكانت عبارته كعبارة الصبى وان لحقته الاجازه وهذا هو المناسب للحجر فان معنى قول الحاكم حجرت عليك منعتك من التصرف ومعناه تعذر وقوع هذهالعقود منه"

(٢) انظر مفتاح الكرامة فى الموضع السابق .

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق فلا يسوغ الاحتجاج به ، ومرد ذلك أن العلة فى عدم صحة تصرف الصبى هو عدم تمييزه ، اما المدين المحجور عليه فان العلة فى عدم نفاذ تصرفاته هى الحفاظ على حقوق دائنيه لاعدم تمييزه ٠

وكما هو معلوم فان شرط صحة القياس هو اتحاد العلة بين المقيس والمقيس عليه ، فمتى تخلف ذلك فليس ثمة وجه لصحة الاستدلال به ٠

ثالثا : ان الحجر على المدين يجعله بمنزلة الفضولى بجامع عدم الولاية فى كل ، وحيث ان تصرفات الفضولى تنهض عدم نفاذها على القول ببطلانها لسبب ولايته على الشئ المتصرف فيه ، فتكون تصرفات المدين باطلة كذلك لسلب ولايته على التصرف فى امواله ٠

ومرد ذلك أن الولايه انماهى شرط فى الانعقاد ومن ثم فانه يترتب على تخلفها بطلان التصرف (١)

ويمكن ان يناقش هذا الدليل من وجهين ٠

الوجه الاول : انه قياس غير صحيح وتأصيل ذلك ، ان حكم الاصل وهو تصرف الفضولى غير متفق عليه ، اذ أن من الفقهاء من قال بوقفه ومنهم من قال ببطلانه ، وذلك تبعا لاختلافهم فى كون الولاية : هل هى شرط من شروط النفاذ ، أم هى شرط من شروط الانعقاد٠؟

وبدهى أن شرط القياس الصحيح هو الاتفاق على حكم الاصل ٠ فمتى تخلف ذلك فلا وجه للاحتجاج به وهو المتحقق فى ذلك الدليل

الوجه الثانى : أن قياس تصرفات المدين على تصرفات الفضولى انما هو قياس مع الفارق من ناحية اخرى اذ أن الفضولى يتصرف فيما لايملك اصلا٠

---

(١) انظر مفتاح الكرامة فى المرجع والموضع السابق ٠

وذلك بخلاف صاحبنا ـ وهو المدين المحجور عليه ـ فليس ثمة خلاف في كون المال يظل على ملكه حتى لحظة اقتسامه بين دائنيه(١).

الاتجاه الثاني :ـ

ويرى أن تصرفات المدين المحظورة عليه وان كانت من حيث أثرها غير نافذ في حق دائنيه ، الا أن ذلك غير مؤسس على بطلانها .

اذ أن عدم النفاذ هنا ينهض على تكييف آخر وهو كون التصرف موقوفا .

ومن ثم فانه اذا قضيت الديون من غير محل هذا التصرف كان نافذا في حق المتصرف اليه . والا فسخ منها الاضعف فالاضعف فيقع الفسخ بداية على الهبة وما ماثلها ، حيث انه لاعوض يقابل بمثلها ، ثم البيع ثم العتق لأنه اقوى التصرفات وذلك ماذهب اليه جمهور الفقهاء حيث يمثل رأى أبي يوسف ومحمد من الحنفيه(٢)

---

(١) انظر مناقشة أدلة هذا الاتجاه د/ عبد الرازق حسن فرج في رسالته نظرية العقد الموقوف صـ٣٥٢ ، ٣٥٣

(٢) وفي ذلك يقول ابن عابدين في حاشيته جـ٥ صـ٩٩ " اذا صح الحجر على المدين صار المحجور عليه كمريض عليه ديون الصحة فكل تصرف أدى الى ابطال حق الغرماء فالحجر يؤثر فيه كالهبة و الصدقة " كما يقول الشلبي في حاشيته السابق الاشارة اليها جـ٥ صـ١٩٠ " فان تصرف المدين المحجور بالبيع مثلا كان تصرفه غير نافذ ولو حصل القبض " وليست علة عدم النفاذ هنا هي بطلان التصرف وانما العلة هي أن "عقد المحجور موقوف "
وانظر في ذلك الطحطاوي في حاشيته على الدر المختار جـ٤ صـ٨٠

والمالكية [1] والشافعية فى احد قوليهم [2] وذلك فضلا عن انه يمثل رأى الفقه الزيدى [3] واحد القولين فى الفقه الامامى [4]

(١) وفى ذلك يقوم الامام الدردير فى شرحة الكبير جـ ٣ ص ٢٦٥ " فان وقع التصرف المالى لم يبطل بل يوقف على نظر الغرماء "
كما جاء فى حاشية الدسوقى على هذا الشرح فى نفس الموضع " اذاحصل من المفلس تصرف مالى فلا يبطل بل يوقف على نظر الحاكم ان شاء امضاه وان شاء رده "

(٢) وفى ذلك يقول الشافعى مشيرا الى احد القولين فى مذهبه " ما فعل من هذا ففيه قولان احدهما أنه موقوف والثانى أن ما صنع من هذا باطل" كتاب الام جـ ٣ ص ١٨٦ .
كما يشير الشيرازى فى مهذبه جـ ١ ص ٣٢٨ الى هذين الرأيين فيقول " احدهما أنه صحيح موقوف لانه حجر ثبت لحق الغرماء فلم يمنع صحة التصرف فى المال كالحجر على السفيه ويخالف حجر المريض لأن الورثة لاتتعلق حقوقهم بماله الا بعد الموت وها هنا حقوق الغرماء تعلقت بمالة فى الحال فلم يصح تصرفة كالمرهون "
وان كان بعض الشافعية قد جزم بهذا التكييف حينما قال (وتصح تصرفاته وتكون موقوفة ، فاذا قضيت الديون من غير نقص التصرف نغذ التصرف وان لم تنقض الا بنقصة فسح منها الاضعف فالاضعف فيبدأ بالهبة ثم العتق

(٣) وفى ذلك يقول صاحب البحر الزخار جـ٥ ص٩٠ " ولا ينغذ منه - أى المدين فيما يتناوله الحجر تصرف ، اذ قد تعلق به حق الغرماء لقوله عليه الصلاة والسلام " خذوا ماوجدتم " وكالرهن فىالمذهب هو موقوف على فك الحجر أو اجازة الغرماء أو الحاكم " ... وهذا الحديث وهو " خذوا ماوجدتم" فى صحيح مسلم شرح النووى جـ١٠ ص٢١٨ وهو جزء حديث وقد خرجته للفائدة

(٤) وفى ذلك يقول صاحب مفتاح الكرامة جـ٥ ص٣١٦ ، ٣١٧ مانصه " واما الايقاف فقد نفى عنه البأس فى التذكرة وقال فى جامع المقاصد فيه قوة وهو المالك لعله اقوى "

وقد استدل جمهور الفقهاء على ذلك بما يلى : -

أولا : أن الحجر على المدين يجعله بمنزلة الفضولى بجامع ان كلا منهما مسلوب الولاية الشرعيـة عن التصرف .

ولما كان تصرف الفضولى لايسبغ عليه وصف البطلان رغم انه لايملك المتصرف فيه اصلا وانما يسبغ عليه وصف الوقف فقط (١) كان ذلك أولى بالنسبة للمديـن المحجور عليه . ومرد ذلك فى كلتا الحالتين : ان الولاية انما هى شـرط من شـروط النفـاذ وليس بشرط من شروط الانعقاد : ومن ثم فان الحجر على المدين يجعله بمنزلة الفضولى على الاقل بالنسبة لماله الذى وقع الحجر عليه فيـه " اذ قد حكم الحاكم بخلع ماله للغريم فكأنه ملكه للغريم فتصرف المدين فيـه

---

(١) ولاشك ان التصرف الموقوف فى هذه الحالة من قبيل التصرفات الصحيحـه على ما يراه جمهور الفقهاء اذ انه تصرف " مشروع باصله ووصفه ويفيـد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير"
انظر فى ذلك مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر جـ٢ ص٣٩ ، ابن عابديـن فى حاشيته جـ٤ ص١٤٩ ، ١٥٠ وانظر كذلك فتح التقدير جـ٥ ص٣١٠حيث يقول " وصار كالوصية من الديون المستغرق وبأكثر من الثلث اذا كـان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على اجازة المستحق بالاجماع فهذا اصـل لقياس صحيح وكالراهنين اذا تبايعا رهنا برهن بغير اذن المرتهن انعقـد وتوقف الحكم لحق المرتهن "
وانظر كذلـك فى فقه المالكية الشرح الكبير للامام الدردير وحاشية الدسوقـى عليه جـ ٣ ص ١١ ، ١٢ وشرح الزرقانى على مختصر خليل جـ ٥ ص ١٩ ومواهب الجليل للحطاب جـ٤ ص ٢٤٦
وذلك ما ذهب اليه الشافعى فى احد قوليه حيث يقول الرملى معبرا عن ذلك " الصحة ناجزة والموقوف على الاجازة هو الملك فى القديم وحكى عـن الجديد ايضا عنده " نهاية المحتاج جـ٣ ص ٢٣٠
وذلك بخلاف ما ذهب اليه جانب آخر من الفقه الاسلامى حيث يرى أن =

تصرف فضـــولى (١)"

ثانيا : ان تصرف المدين المحجور عليه انما هو اشبه ما يكون بتصرف المدين المريض الذى لزمته ديون فى صحته

وكما أن تصرف المريض هنا لايكون باطلا بل يكون موقوفا • فكذلك الحال بالنسبة للمدين المحجور عليه اذ الحكمة من عدم نفاذ التصرف فى الحالتـــين واحدة وهى :

تعلق حق الغير بالشئ المتصرف فيه• وفى ذلك يقول ابن عابدين " اذا صـــح

= التصرف الموقوف لايفترق عن التصرف الباطل وهو ما ذهب اليه قول فـــى الفقه الشافعى ، والفقة الحنبلى • انظر فى ذلك نهاية المحتاج فـــى المرجع والموضع السابق ، المغنى لابن قدامة جـ٤ صـ٢٠٥ ، ٢٠٦

(١) انظر فى ذلك الزرقانى فى شرحه لمختصر خليل جـ٥ صـ٢٦٦ وفى ذلـــك يقول صاحب مفتاح الكرامة فى المرجع والموضع السابق " والوجه فيه انـــه لا يقصر عن التصرف فى مال الغير فيكون كالفضولى فحينئذ لا ينافيـــه منعه من التصرف المنافى لحق الغرماء •••••••••

ولان عبارته لاتقصر عن عبارة السفيه المحجور عليه مع صحة تصرفة اذالحقته اجازة الولى •••• وعلى هذا اذا اجازه الغرماء نفذ والا اخره الى أن يقسم ماله لا يباع ولا يسلم الى الغرماء ، فان لم يفضل من ماله شـــئ بطل وان فضل ما يسعه صح •••ويجب تأخير ما تصرف فيه وقضاء الديـــن من غيره فربما فضلت ووفى سواها بدينة ، فان لم تف أمواله بديونه وكـــان التصرف متعددا بطل الاضعف ثم الذى يليه فى الضعف ••••فلوكان قد تصرف ببيع وكتابة وهبة ورهن وعتق ووقف ابطلنا أولا الرهن والهبة لانهما اضعف من الباقى لجواز الرهن من جانب المرتهن وكون الهبة موضوعة على الجواز ثم البيع والكتابة لانهما وان كانا لازمين من الطرفين ألا أن العتق أولى منهما لكونه فى نظر الشارع على التغليب ولهذا كان من خواصه السرايا ولا يبعد أن يكون الوقف بمنزلة العتق ، لان كل منهما لا يقبل الفسخ بخلاف باقى العقود

الحجر فى الدين صار المحجور كمريض عليه ديون الصحة فكل تصرف ادى الى ابطال حق الغرماء فالحجر يؤثر فيه كالهبة " (١)

ومفهوم هذا القول أن تصرف المدين الصادر منه تبرعا يأخذ حكم تصرف المريض مرض الموت فى عدم ترتيب اثره عليه بالنسبة لمن مس التصرف حقه من الدائنين أو غيرهم وليس شمة شك فى انه لافرق فى هذا الصدد بين التبرعات

ثالثا : ان تصرف المدين المحجور عليه كتصرف السفيه المحجور عليه، وبما أن التصرف المالى لهذا الاخير يصح اذا لحقته الاجازة فكذلك الحال فى تصرف المدين المحجور عليه ، فهو يصح متى اجازه لغرماء أو تنازلوا عن ديونهم أو ابرءوه منها أو لم يكن شمة حاجة بهم الى (٣)

---

(١) ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار جـ ٥ ص ٩٩
وفى ذلك يقول الشيرازى فى المهذب جا ص٣٢٨ عن احد الرأيين فى الفقه الشافعى والذى يوافق فيه جمهور الفقهاء " فان قلنا يصح تصرفه وقف فان وفى ماله بالدين نفذ تصرفه وان لم يف فسخ لانا جوزنا تصرفه رجاء أن تزيد قيمة المال أو يفتح عليه بما يقضى به الدين فان عجز فسخ كما نقول فى هبة المريض ، قال اصحابنا وعلى هذا ينقض من تصرفة الاشعف فاضعفهما الهبة لانه لاعوض فيها ثم البيع ... ثم العتق لانه اقوى التصرفات ".

(٢) انظر الشلبى فى حاشيته على تبيين الحقائق جـ٥ ص ١٩٠

(٣) راجع مفتاح الكرامة فى المرجع والموضع السابق وانظر كذلك د/ عبد الرازق حسن فرج فى المرجع السابق ص ٣٥٠و ٣٥١

تقدير هذين الاتجاهين:-

ويبدو لى بعد هذا العرض السريع لادلة كل من الاتجاهين رجحان ماذهب اليه جمهور الفقهاء لقوة ما احتجوا به وذلك فضلا عن المرجحات التالية :-

الاول : أن الحجر على المدين انما هو نظام شرع للضرورة ، ولا ريب أن الضرورة تقدر بقدرها ، وهذا القدر هو الذى يقتضى تأسيس عدم النفاذ على الوقف لا على البطلان ، اذ ان الحجر مقرر لمصلحة الدائنين ، فان كان ثمة مصلحة تقتضى عدم الاجازة لم ينفذ هذا التصرف فى حقهم ، اما اذا انتفت لم يكن ثمة ما يستلزم النعى على تصرفاته بالبطلان ، اذ أن العقد الباطل فى الفقه الاسلامى " لاوجود له من حيث الصحة فليس له وجود قانونى ولا ينتج اثرا كتصرف شرعى "(١)

الثانى : ان تأسيس عدم النفاذ على الوقف ان كان يحقق من الحماية ما يكفى للحفاظ على حقوق الدائنين ، فانه كذلك يحقق الحماية - ولو بقدر- للمتصرف اليه من المدين الذى تعاقد معه ، وذلك فى حالة عدم التنفيذ على محل التصرف لكفاية غيره للوفاء بحقوق الدائنين .

اذ أن القول ببطلان التصرف يهدم العلاقة التعاقدية من اساسها فيما بين المدين والمتصرف اليه وبالتالى لايكون لهذا الاخير قبل الاول الا استرداد ما دفعه مقابلا لحق التعاقد ، وقد يكون فى ذلك اضرار به مما يستوجب العمل على ازالة ما حل بساحته من ضرر وبخاصة اذا كان حسن النية .

اما القول بتأسيس عدم النفاذ على الوقف فهو يغل يد المدين عن التحلل من هذه الرابطة التى تقوم بينه وبين من تصرف اليه .

---

(١) السنهورى فى مصادر الحق جـ ٤ ص٢٩٤

وبالتالى فانه يلتزم- فى حالة عدم التنفيذ على محل التصرف - بتنفيـــــذ التزاماته التى التزم بها قبل من تصرف اليه ٠

وبذلك تكون مظلة الحماية الشرعية قد بسطت حمايتها على كل دائن لذلك المدين ، كل بقدر ما يستحقه من هذه الحماية وتلك الرعاية ٠

الثالث : ان البطلان انما هو جزاء شرعى لتخلف ركن من ارجان العقد أو شرط من شـــروط صحته ، وليس ثمة شك فى أن اركان العقد هنـــا قد توافر وجودها كما أن شروط صحته ليس من بينها من تخلف عـــن الاقتران بذلك التصرف ٠

ومادام ذلك كذلك فان القول بتأسيس عدم النفاذ على البطلان هنا انما يضيف الى اركان العقد ومقوماته ما ليس منه وذلك مالا يسوغ للمنطـق الشرعى الدقيق أن يقول به ٠

وخلاصة القـــول :

ان عدم النفاذ عند جمهور الفقهاء لا يعنى بطلان التصرف الذى يقوم بـــه هذا الوصف الاول وانما يعنى وقف التصرف لصالح الغير٠

ومن ثم فان عدم النفاذ لدى الراجح فى الفقه الاسلامى لا يمثل نظاما شرعيا مستقلا ، وانما هو مؤسس على نظام شرعى قائم وهو التصرف الموقوف ٠

ولكن ماذا عن الطبيعة القانونية لعدم النفاذ فى الفقه الوضعى والى اى حـد يتفق أو يختلف على مايراه جمهور الفقهاء ؟

هذا ما سنبينه فيما يلى :-

المطلب الثانى

طبيعة الجزاء على تصرفات المدين فى امواله المحجوز عليها فى القانون الوضعى

يجمع الفقه الوضعى على أن تصرفات المدين فى أمواله المحجوز عليها انما هى غير سارية فى حق الدائنين ومن فى حكمهم وذلك تطبيقا لما نصت عليه المادة ٤٠٥ مرافعات من انه " لاينفذ تصرف المدين اوالحائز أو الكفيل العينى فى العقار ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق الدائنين المشار اليهم فى الماده ٤١٧ ولا من حكم بايقاع البيع عليه اذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهرة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية "

بيد أن الفقه الوضعى قد اختلف حول التكييف الصحيح لعدم النفاذ. فهل هو صورة من صور البطلان أم انه جزاء يقوم الى جواره ، أم أنه مؤسس على غير هذا وذاك ؟ مما جعلنا نخوض فى رحاب القانون المدنى لنصل الى جواب لذلك وهو مايلى :-

وهو أن الفقه الوضعى ينظر الى عدم النفاذ على اساس انه نظرية مستقلة وأورد لها عدة تطبيقات وأوضح أن عدم النفاذ لايمس صحة التصرف كما أنه ليس بطلانا اذ أن " فكرة عدم السريان جعلها المشرع المصرى جزاء لحمايه الحقوق المكتسبة والتى قصد بها حماية الغير من تصرف قانونى فيه اضرار بهم ، ففى مثل هذه الحالات ينتج التصرف القانونى آثاره فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يكون نافذا فى حق الغير فى الحدود التى يضر فيها بمصالحه.(١)

---

(١) د/ عبد الودود يحيى فى رسالته " حوالة الدين " صـ١٩٦ =

بيد أن عدم النفاذ أو عدم السريان لا يعدو أن يكون وصفا لضرورة الاثـــــر المترتب على هذا التصرف ، دون أن يكون بيانا للسبب الذى يؤدى الى ترتيبه ولا شك فى أن الوصول الى هذا السبب -والذى لابد أن يتمثل فى نظام قانون قائم - هو الذى يمكن اعتباره تحديدا لطبيعة هذا التصرف ، أو اساسا لعـدم النفاذ ، وبخاصة مع ما اثبتته بعض الدراسات الحديثة من أن عدم النفـــاذ لايمكن أن يمثل نظاما قانونيا قائما بذاته (١) ومن ثم فان مجرد وصف آثـــار التصرف بعدم النفاذ دون بحث عما وراءه انما تعتبر وقوفا عند ظاهرة اختفاء آثار التصرف بالنسبة للغير ولا يمكن أن يعتبر توضيحا لطبيعة هذا الجزاء الـــذى

= وفى ذلك يقول د/ جميل الشرقاوى فى رسالته (نظرية بطلان التصـــــرف القانونى ف ٥٣ صـ١٤٣ " والقانون المصرى يأخذ النظرية من الفقه السائد وقد سن نصوصه ، وفى هذا الفقه عدم السـريان معناه عـدم نفـــاذ التصـرف فى حـق الغير مع بقائــه صحيحا بين المتعاقـدين وعـدم النفـوذ ليس بطلانا بل هو مجرد عـدم سـريان ولكنه مـع هـــذا يشبــه البطــلان "

كما تقوم المذكرة الايضاحية تعليقـا على المـادة ٢٤٣ بصـدد دعـوى عدم نفـاذ التصـرف " ولما كانت الدعـوى البوليصية دعوى اقتصـار أو عـدم نفـاذ فهـى لا تمـس صحة التصـرف المطعون فيـه ، ومـؤدى ذلك أن هذا التصـرف يظل صحيحـا منتجا لجميع آثاره وكـل مـا هنالك أنه يصبح غير نافـذ فى حق الدائنين وبالقـدر اللازم لحمايـة حقوقهـم دون افـراط أو تفـريط "

مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ صـ٦٣٢

(١) د/ جميل الشرقاوى فى بحثـه دراسـة فى طبيعـة الدعوى البويصيـة بحث منشـور بمجلة القـانون والاقتصـاد . العـدد الاول ينـاير ١٩٥٩ صـ٢٩

يتصل بالتصرف القانونى [1]

ومن هنا نبتت محاولات الفقه لتأسيس عدم النفاذ على نظام قانونى قائم ومعروف وكان من ذلك محاولتين ، قيل بأولاهما فى ظل التقنين المدنى القديم كما قيل بالاخرى فى ظل التقنين المدنى الحالى :-

أما المحاولة الاولى : وهى التى قيل بها فى ظل التقنين المدنى القديم فهى تلك التى يرى القائلون بها أن عدم النفاذ ليس الا صورة من صور البطلان اذ أن كلا منهما يتصل بالتصرف القانونى ويمس تحقيق آثاره ·

ولئن كان بينهما من اختلاف فى هذا الصدد ، فانما هو اختلاف يرجع الى مداها وليس اختلافا فى طبيعتها ، اذ أن البطلان كما يرى انصار هذا الرأى لايقتضى محو كل آثار التصرف ·

وقد استندوا فى ذلك الى ما كان ينص عليه ذلك التقنين فىالمادة ٢٠٤/١٤٣ مدنى قديم ، بصدد دعوى عدم نفاذ التصرف من انه يجوز " للدائنين فى جميع الاحوال الحق فى طلب ابطال الافعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم وفى طلب ابطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق اضرارا بهم"[2]

بيد أن هذا الرأى قد وقف فى نظره للبطلان عند حد آثاره ولم يلتفت الى ما يكمن وراءه من علة له فى التصرف ذاته ، وكان من نتيجة ذلك أن اخذ اصحاب هذا الرأى مظهر البطلان على أنه طبيعة له ، الا انه لو ساغ لنا أن نقف عند حد تخلف الآثار حتى يمكن القول بوجود عدم النفاذ لما أمكن التمييز " بين حالات البطلان وغيره من اسباب اختفاء كل أو بعض آثار التصرف بل يصبح الكل عدم سريان وذلك نتيجة لانعدام الضوابط المأخوذة من طبيعة النظام · ولا اهمل البحث تبعا لذلك عن طبيعة العلة فى

(١) د/ الشرقاوى فى بحثة السابق ·

(٢) انظر رسالة د/ جميل الشرقاوى (نظرية بطلان التصرف القانونى) وعرضه لهذا الرأى الفقرات من ٥١ حتى ٥٨ ص ١٤٠ - ١٦٨

تخلف هذه الاشـار[1].

ومن ثم فان هذا الرأى لايقوم على تحليل لطبيعة العيب الناشئ عن مخالفة القانون والذى انعكس اثره على التصرف القانونى فى كلتا الحالتين : وفضلا عن ذلك فانه لا يمكن التسليم به لما يلى :-

أولا : لأن البطلان هو الجزاء القانونى على عدم توافر ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته ، ومن هنا فانه يكون منعدم الاثر لا بالنسبة للمتعاقدين وفقط ، وانما بالنسبة للغير كذلك .

وذلك بخلاف الحال فى عدم النفاذ الذى لايمنع من ان يبقى التصرف قائمـا بين المدين والمتصرف اليه وذلك لتوافر أركان العقد وشروط انعقاده .

ومن ثم فانه لو نفذ الدائنون على العين المتصرف فيها كان للمتصرف اليـه أن يرجع بالضمان على المتصرف ، كما يجوز للمتصرف اليه أن يتوقى هـذا التنفيذ بالوفاء بقيمة الحق الذى اكتسبه .

كما أنه لو ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها لبقيت فى مـلك المتصرف اليه ، اذ أن هذا التصرف لايزال قائما[2] وذلك فضلا عـن أن البطلان يحق لكل من المتعاقدين أن يتمسك به كما يجوز ذلك أيضا لكل ذى مصلحة فى التمسك بذلك ، وذلك بخلاف الحال فى عدم النفاذ اذ لا يتمسك به الا الغير ويبقى التصرف صحيحا فى العلاقة بين طرفية[3]

ثانيا : أن تأسيس عدم النفاذ على البطلان لا يؤدى الى حماية مصلحـة الدائنين ، كما هو الهدف من النظام وكما هو متحقق كذلك به وتأصيل ذلك

---

(١) د/ الشرقاوى فى رسالته السابقة صـ ١٥٠ هامش ١

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ٢ ف ٧٠٨ صـ ١٢٣٣

اسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام صـ٢٧٧ ، ٢٧٨ مصادر الالتزام .
أنور سلطان فى النظرية العامة للالتزام جـ٢ احكام الالتزام ف٦٩ صـ٦٩ ف١٢٢ صـ ١٣٤

(٣) جميل الشرقاوى فى رسالته السابقة صـ١٤٧ ، ١٤٨

: أن ابطال تصرفات المدين يقتضى ارجاع المتعاقدين -وهما المدين والمتصرف اليه - الى حالهما قبل التعاقد ،ولن يتم ذلك بداهة الا بترتيب التزامات بالرد تقع على عاتق كل منهما للاخر بالنسبة لما تم تنفيذه من الالتزامات المبنية على العقد الباطل ومن ثم فانه ينشأ للمتصرف اليه الحق فى استرداد ما سلمه للمدين ولا يمكن ان ينازع فى حقة حتى مع افتراض سوء النية لديه كما هو الحال فى نظام الاعسار وبالتالى فانه يحق للمتصرف اليه أن يطالب باسترداد ثمن المبيع ان كان التصرف بيعا ، أو مبلغ القرض ان كان التصرف قرضا جديدا للمدين

ولا ريب أن ذلك ليس فى مصلحة الدائنين ، ولا يسوغ التحدى بأن البطلان هنا قد يثور بمناسبة الغاية من هذا التصرف الذى يرمى به المدين الى الاضرار بدائنيه قصدا الى ذلك . فيقال مثلا أن التصرف هنا باطل لعدم مشروعية سببه.

نعم لا يسوغ الاحتجاج بذلك اذ أن البطلان لعدم مشروعية السبب لايتحقق الا اذا كانت غاية التصرف مخالفة للنظام العام أو مخالفة لمصالح الجماعة .

وفى حالتنا تلك لايعنى قصد الغش - حقيقيا كان أو مفترضا - الا الاخلال بمصلحة الدائنين ولا شك أن المصلحة هنا فردية لا جماعية[(١)] ، مما لا يصح معها النعى على التصرف بالبطلان لعدم مشروعية سببه ، ولقد أدى هذا العيب البين فى تأسيس عدم النفاذ على نظرية البطلان ، الى قول أصحاب هذا الرأى بأن البطلان الذى ينهض عليه عدم النفاذ - انما هو بطلان غير عادى - اذ هو كما يرون بطلانا بقصد التعويض أو بطلانا منقوص الاثر.

وحتى مع هذا التخريج فان تأسيس عدم النفاذ على ما يسمى بالبطلان غير العادى أو المنقوص الاثر فانه لا يمكن قبوله اذ أنه يضيف صورة جديدة منه ،

---

(١) جميل الشرقاوى فى بحثه السابق ص ٣٢ وما بعدها

مما يزيد من تعقيد نظرية البطلان كما أن التسليم باختلاف آثار التصرف غير النافذ عن آثار التصرف الباطل ، والابقاء مع ذلك على تأسيس عدم النفاذ على البطلان ، انما هو قول يحمل فى طياته تناقضا عجيبا يوجب رفض هذا التكييف[١]

وخلاصة القول أن عدم نفاذ التصرف الذى يبرمه المدين مع الغير بعد الحكم بشهر اعساره هو شئ آخر غير البطلان لان لكل من عدم النفاذ والبطلان نطاقه الخاص وآثاره التى يختلف تسبيبها فى كل منهما عن الاخر حتى وان اتحدت هذه الآثار فى بعض الاحيان[٢] .

المحاولة الثانية : وهى التى قيل بها فى ظل التقنين المدنى القائم :- وهى تلك التى يؤسس صاحبها[٣] عدم النفاذ على وجود صورية نسبية مفترضة فيه مستندا فى ذلك الى مايلى :-

أولا : اتفاق آثار عدم نفاذ التصرف فى مواجهة الغير مع آثار الصورية وتفسير ذلك :-

١ - أن عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن يعنى اعتباره كأن لم يكن بالنسبة له ، وذلك على اساس الاحتفاظ للدائن بنفس مركزه كما لوكان التصرف لم يحصل ، أما فى علاقة المدين بالمتصرف اليه ، فان التصرف يظل قائما ومنتجا لكل آثاره بينهما - ومفاد ذلك : أن هذا التصرف يعتبر بالنسبة للدائن كأنه غير موجود مع

---

(١) جميل الشرقاوى فى بحثة السابق والموضع السابق .

(٢) السنهورى فى مصادر الحق جـ ٤ صـ١٠٢

(٣) جميل الشرقاوى فى بحثه السابق .

أنه موجود فعلا ، أى أنه يعتبر صوريا ولو كان فى الواقع غير ذلك وهذا هو عين ما نراه بالنسبة الى الصورية ، اذ العقد المستتر فيها صحيح فيما بين المتعاقدين وان كان غير نافذ فى مواجهة الغير حسن النية طبقا للمادة ١/٢٤٤ مدنى (١)

٢ - ان المتصرف اليه فى حالتنا تلك لا يستطيع أن يرجع بما ترتب له من حقوق على اساس هدم هذا التصرف مزاحما فى المطالبة بها الدائنين السابقة حقوقهم على هذا التصرف .

ومن ثم فهو لا يقتسم معهم اموال المدين باعتباره دائنا بالثمن فيما لو فسخ البيع أو دائنا بالتعويض فيما لو اختار الرجوع على المدين به وانما ، وانما يتأخر فى اقتضاء حقوقه على هؤلاء الدائنين(٢) وكذلك الحال فيما لو كان التصرف قرضا جديدا عقده المدين ،فان المقرض لا يستطيع أن يدخل غريما فى قسمة أموال المدين مع هؤلاء الدائنين(٣) بيد أنه لايمكن أن يستقيم ذلك الا مع فهم عدم نفاذ التصرف على اساس الصورية ، اذ أن أية وسيلة اخرى لهدم هذاالتصرف لا يمكن أن تؤدى الى منع المتصرف اليه من الرجوع على المدين أن لم يكن على اساس التصرف الذى هدم فعلى أساس ما أثرى به المدين على حسابه (٤).

أما اعتبار التصرف صوريا فهو الوسيلة الوحيدة التى تبرر تجاهل وجوده على الوجه السابق ، وانكار كل اثر يستند الى هذا الوجود (٥)

---

(١) ولا شك أن ذلك ليس خاصا بدعوى عدم نفاذ التصرف اذ أن الغير فى حالة شهر الاعسار وهم الدائنون لا شك ان حسن النية لديهم مفترض كذلك
(٢) السنهورى فى الوسيط جـ٢ ف ٦٠٦ ص ١٠٦٩
(٣) السنهورى فى الوسيط جـ٢ الموضع السابق هامش ٣
(٤) جميل الشرقاوى فى بحثه السابق ص ٣٨
(٥) جميل الشرقاوى فى رسالته نظرية بطلان التصرف القانونى ف ٥٧ ص١٦٦ ،ص ١٦٧ وهامش ٣

٣ ـ أنه من المسلم به سواء بصدد عدوى عدم نفاذ التصرف أو دعـــوى اعسار المدين ، أن المتصرف اليه يستطيع أن يتوقى منعه مـــن التنفيذ على الحق الذى تلقاه من المتصرف ، وذلك عن طريق الوفاء للدائن بحقه كما يستطيع المتصرف اليه كذلك أن يدفع قيمة هـــذا الحق الذى اكتسبه فيصل بذلك الى تجنب منعه من التنفيذ على ما تلقاه من حـــق .

وهذا هو مانصت عليه المادة ٢٤١ بصدد دعوى عدم نفاذ التصـرف ، وما نصت عليه كذلك الفقرة الثانية من المادة ٢٥٨ بصدد دعوى شهر الاعسار اذ تقول هذه المادة الاخيرة " اذا كان الثمن الذى بيع بـه المال أقل من ثمن المثل كان التصرف غير سار فى حق الدائنـــين الا اذا أودع المشترى فرق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمـــن المثل (١)

وما كانت شرعية هذا الحكم الا لاستشعار المقنن جدية هـــــذا التصرف الذى دلت عليه استفادة الدائنين منه ، ولذلك فانه اذا لم يثبت استفادة ماللدائن ، اعتبر هذا التصرف كأنه غير موجـــود (٢) ، وذلك ما يعبر عنه الفقه بأن الطعن بعدم نفاذ التصرف ، أوالنعى القانونى على تصرف ما بعدم نفاذه ، انما يؤدى الى افتراض صوريـــة

---

(١) بل أن الفقه يرى أن استفادة الدائن على أيه صورة حتى ولو كانت استفادة غير مباشرة تعتبر من المقابل الذى يثبت أن المتصرف اليه قدمه للدائن كمالو كان المدين قد وفى بهذا المقابل بعض الديون الاخرى فان ذلك يؤدى الـى عدم النص على مثل هذا التصرف بعدم النفاذ وذلك فى حدود القيمة الـــتى يستحقها الدائن فى اموال المدين . راجع فى ذلك السنهورى فى المرجـــع السابق صـ ١٠٥٩ هامش ١

(٢) السنهورى فى المرجع السابق والموضع السابق والهامش السابق .

هذا التصرف المنعى عليه بعدم النفاذ[1] .

بيد أنه لما كان بحث صورية أو جدية تصرف ما لا يثور الا بصدد الطعن بهذه الدعوى ، فانه لا محيص عن القول بأن الصورية هنا صورية مفترضة[2] .

ثانيا : وهو الدليل الثانى على صحة تأسيس عدم النفاذ على أساس الصورية وهو مساندة شرط النعى على التصرف بعدم النفاذ لتبرير هذا الافتراض .

ومفاد ذلك : أن شرط النعى على تصرف المدين بعدم النفاذ ، هو اخراج حق مفيد للدائن من ذمة المدين فيفقره ، أو يؤدى الى زيادة التزامات المدين بهذا لتصرف فيضم طارفا من التزامات المدين الى التليد منها - والواقع أن هذا الشرط - كما يقول الاستاذ الدكتور جميل الشرقاوى - هو الذى يرسم صورة لظروف هذا المدين الذى ينعى على تصرفه بعدم النفاذ ، كما انه فى الوقت ذاته يهدى الى ما يمكن أن يقوم لديه من باعث يدفعه الى ابرام المتصرفات المؤدية الى اعساره أو الزيادة فى هذا الاعسار .

اذ لا شك أن مثل هذا المدين يستشعر أنه معرض لفقد كل ما يملك من اموال بالتنفيذ عليها من قبل دائنيه فيعمد الى تصرف يهرب به من الوفاء لهؤلاء الدائنين أو لبعضهم .

ولا ريب أن تهربه من الوفاء الذى دل عليه هذا التصرف ليس له من دلالة الا رغبته فى وضع أمواله فى مأمن يمنع وصول الدائنين اليها ويجعلها فى الوقت ذاته محفوظة له ، واذ لا شك أنه يهدف بهذا التصرف الى مصلحته ، وليس هناك من سبيل امامه لتحقيق غرضه

---

(١) السنهورى فى نظرية العقد ف ٧٤٦ ص ٨١٨ هامش ٢

(٢) جميل الشرقاوى البحث السابق ص ٣٩

ذلك ، الا ابرام تصرفات صورية مع الغير ، معاوضة كانت أو تبرعا ليصل عن طريقها الى تهريب أمواله أو تقليل فرص دائنيه في الحصول على حقوقهم (١)٠

ولا ادل كذلك على صورية التصرفات في هذه الحالة أن المقنن قد نعى بعدم النفاذ على تصرفات المدين التى تزيد فى التزاماته كعقد قرض جديد مثلا (٢) وما ذلك الا لأنه لا يتصور أن شخصا عاديا يقوم باقراض المدين قرضا حقيقيا مع علمه باشهار اعساره ، أى مع تأكده من أنه ربما يتعرض لفقد كامل حقه اذا ما استنفذ الدائنون جميع أموال المدين ، وهو الامر الغالب لكون أموال المدين لاتكفى بحسب الواقع للوفاء بحقوق الدائنين جميعا ، حتى ماحل أجله منه ٠

ومن ثم فانه لابد أن يكون مثل هذا التصرف صوريا ، ويمكن أن يقال ذلك بالنسبة للوفاء لاحد الدائنين أو تفضيل دائن على آخر (٣)

ومع ذلك فان تأسيس عدم النفاذ على الصورية يحتم أن تكون هذه الصورة نسبية من حيث أثرها اذ أن افتراض صورية تصرفات المدين انما يقوم لمصلحة الدائنين فلا يمتد أثرها الى علاقة المدين بالمتصرف اليه فقد تكون هذه العلاقة الاخيرة جدية أو صورية ٠

وفضلا عن ذلك :

---

(١) جميل الشرقاوى فى بحثه السابق نفس الموقع ٠

(٢) السنهورى فى الوسيط جـ٢ ف ٥٧٧ ص ١٠١٤

(٣) دليل مما يمثل سندا لهذا الرأى من تأسيس عدم النفاذ على اساس الصورية ما قضت به محكمة النقض فى ظل التقنين المدنى السابق من أن " التصرف التدليسى هو أن يشارك المتصرف له المدين فى اجراء تصرف صورى أو فى اجراء تصرف حقيقى يجعله فى حالة اعسار باخراج جزء من املاكه من متناول دائنيه ، فان كان التصرف بيعا فسبيل ابطاله هو الطعن المبني =

فان جعل الصورية كأساس لعدم النفاذ يحتم أن تكون هذه الصورية مفترضة ، اذ أن الصورية لاتثور حقيقيا الا بصدد الطعن بها ، ومن ثم فانه لامحيص عن القول بافتراض توافر هذه الصورية (١) ـ

والحق : أن ما ذهب اليه الاستاذ الدكتور جميل الشرقاوى من حتمية تأسيس عدم النفاذ على نظام قانونى قائم له من الاسباب ما يبرره ، كما أن ما ذهب اليه من تأسيس عدم النفاذ على الصورية له من السند القانونى ما يؤيده ويدعمه ، سواء فيما يتعلق باغاق آثار عدم النفاذ فى مواجهة الغير مع آثار الصورية ، أو فيما يتعلق بتماثل الدوافع التى تهدى الى رسم صورة لظروف المدين فى كل منها ٠

ولذلك فان ابرز مزايا هذا الرأى يتمثل فى أمرين:ـ

الامر الاول :

ان تأسيس عدم النفاذ على أساس الصورية يمثل تبريرا واضحا له من خلال احكام دون ثمة حاجة الى استناد ذلك لنظم غريبة عنه كما هو الحال فى تأسيس عدم النفاذ على نظام البطلان

الامر الثانى :ـ

أنه رد عدم النفاذ الى نظام قانونى معروف بين النظريات القانونية

= على الصورية أو على الدعوى البوليصية و فى هذه الحالة الاخيرة يجب التمسك بأن الثمن وهمى أو بخس أو بأنه حقيقى ولكن المتصرف له اشترك مع المدين فى اخراج هذا الثمن كله أو بعضه من مجموعة امواله حتى الصبح فى حالة اعسار لايفى ماله بمطلوب غرمائه "

انظر نقض مدنى فى ١٩٣٦/١١/١٩ ـ مجموعة القواعد القانونية لعمر ق ١٧٣ ص ٦٤٩

(١) جميل الشرقاوى فى بحثه السابق ٠

القائمة وليس الى نظام غريب يحيط به الشك والغموض كعدم النفـاذ الذى يميل الفقه الحديث الى جعله نظاما قانونيا مستقلا ٠

خلاصة ومقـارنة

يتبين مما تقدم أن الاتفاق على اتمه بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى فيما يتعلق بحكم تصرفات المدين من حيث عدم نفاذها فى حق الدائنين ٠

بيد أن الراجح فى الفقه الاسلامى يؤسس عدم النفاذ على وقف التصـرف وذلك بخلاف الفقه الوضعى الذى تنازعته الآراء فى هذا الصدد حول التبرير الصحيح لعدم النفاذ كما تقدم ٠

ويبدو لى من خلال ما قضى به التقنين المدنى أن المقنن المصرى ابان وضعـه لهذا الحكم قد تنازعته رغبتان حول الحكم الذى يجب أن يسبغه على تصرفات المدين اذ أنه كما تفصح الاعمال التحضيرية ، يريد أن يكون هذا التصـرف بمنجى عن البطلان وآثاره ، وذلك بدليل عدوله عما كان يقضى به التقنـين المدنى السابق ٠

وفى الوقت ذاته فانه يبتغى حماية الدائنين من تصرفات مدينهم الضـاره ، فقضى بعدم النفاذ ، الذى لم تعهده التشريعات فى أى نظام قانونى من قبل(١) مستلهما فى ذلك موقف الرأى الراجح فى الفقه الاسلامى الذى يقضـى بوقف آثار هذا التصرف مع بقائه صحيحا فيما بين المتعاقدين ٠

بيد أنه لم يسر فى الشوط الى نهايته ، فلم يقض صراحة بحكم الوقـف لما يترتب على ذلك من خلل فى البناء القانونى الذى قسم الحكم فى التصرفـات الى صحيح وباطل ، كما قسم هذا الاخير الى باطل بطلانا مطلقا وآخـر نسبيـا ٠

---

(١) جميل الشـرقاوى فى بحثه السابق صـ ٣١

وذلك بخلاف الحال فى الفقه الاسلامى الذى يجعل الصحيح من العقود منه ما هو نافذ ومنه ماو غير نافذ ، وهو ما اعتنقه المقنن المدنى العراقى (١)

(١) انظر فى غصيل ذلك
حسن الذنون فى شرح القانون المدنى العراقى - احكام الالتزام ف ١٠٩
صـ ١٢٢

المبحث الثاني

فى شـــــروط عدم نفاذ التصرف فى الاموال المحجوز عليها

وسنبين فى ذلك رأى الشريعة الاسلامية ثم ما عليه القانون الوضعى وذلك فى المطلبين التاليين

المطلب الأول

شروط عدم نفاذ التصرف فى الاموال المحجوز عليها فى الفقه الاسلامى ٠

حتى يمكن النعى على التصرف بعدم نفاذه فلا بد من أن يستجمع الشرطين التاليين:-

الشرط الاول : أن يتعارض حق التصرف مع الغاية من الحجر على المدين ، ويتحقق ذلك التعارض فى حالة ما اذا كان التصرف ضارا بالدائنين ٠

ولقد حدد الفقهاء مفهوم التصرف الضار بأنه " كل تصرف مالى متعلق بالعين مفوت على الغرماء انشائى فى الحياة ابتداء[1] "

ومن المعلوم أن التصرفات التى تضر مصلحة الدائنين يتسع مداها ليشمل كل تصرف يرمى به المدين الى الحيلولة بين الدائنين وبين التنفيذ على أمواله ، وذلك دون حاجة الى اثبات قصد الاضرار بالدائنين ، ولقد نص الفقهاء فى هذا الصدد على عدة تطبيقات للتصرفات الضارة ومنها مايلى :

أ - **التبرعات** : وهى تلك التى تتمثل فى كل تصرف يصدر من المدين دون مقابل ويصادف أصل المال الذى تعلقت به حقوق الدائنين بمقتضى الحكم بذلك ، أو يصادف منفعة عين من اعيان هذا المال ٠

---

(١) قليوبى وعميرة جـ٢ ص٢٨٦ ، ٢٨٧ وكذلك قالوا " اذا صح الحجر على المدين بالدين صار المحجور كمريض عليه ديون الصحة وكل تصرف أدى الى ابطال حق الغرماء فالحجر يؤثر فيه كالهبة والصدقة "
وانظر فى ذلك ابن عابدين فى رد المحتار جـ٥ ص٩٩

ومن ثم فان وصف التبرع يصدق على الهبة والصدقة اذ أنهما من التصرفات الخاصة بتمليك الاعيان دون مقابل (١)

كما أن وصف التبرع يصدق كذلك على الكفالة بالدين والحوالة حوالة مطلقة اذ أن التزام الكفيل أو المحال عليه بالدين المكفول به أو المحال به انما هو محض تبرع

وكما صدق وصف التبرع على التصرف بأعيان المال بمثل تلك التصرفات (٢) فانه يصدق كذلك على التبرع بمنافع أعيان هذا المال دون مقابل كما هو الحال فى الاعارة والارفاق فى منافع العقار وماشابه ذلك من التصرفات الخاصة بتمليك المنفعة دون مقابل ، اذ أنها تؤثر على اصل المال

---

(١) انظر فى ذلك المغنى جـ ٦ ص ٢٤٦

(٢) وقد اختلف الفقهاء فى مدى حق المدين المفلس فى عتق عبيده ، مع اجماعهم على كونه تصرفا ضارا ، الاصل فيه انه لا يسرى فى حق الدائنين .
فذهب جمهور الفقهاء الى انه لا يجوز للمدين هذا العتق اذ انه تبرع يصادف اصل المال المحجور عليه فيه ، وذلك خلاف لما روى عن الامام احمد فى القول الاصح عنه وبعض فقهاء الاحناف من نفاذ هذا التصرف استثناء وذلك نظرا لتشوف الشارع الى عتق الارقاء وفى ذلك يقول ابن قدامة فى المغنى جـ٤ ص٤٨٠ ما نصه " وان اعتق المفلس بعض رقيقة فهل يصح ؟ على روايتين (احدهما) يصح وينفذ وهو قول أبى يوسف واسحاق لانه عتق من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر - ويفارق سائر التصرفات - لان العتق تغليب وسراية ،ولهذا يسرى الى ملك الغير .. (والاخرى) لاينفذ عتقه وبهذا قال مالك وابن ابى ليلى والثورى والشافعى واختاره أبو الخطاب فى رءوس المسائل لانه ممنوع من التبرع لحق الغرماء ، فلم ينفذ عتقه كالمريض الذى يستغرق دينه ماله ولأن المفلس محجور عليه فلم ينفذ عتقه كالسفيه وفارق المطلق ،واما سرايته الى ملك الغير فمن شرطه أن يكون موسرا يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه فلا يتعذر . ولو كان معسرا لم ينفذ الا فيما يملك صيانة لحق الغير وحفظا له عن الضياع كذا هنا وهذا اصح وانظر ايضا شرح منتهى الارادات جـ٢ ص١٤١ وهذا مارواه ابن هبيره عن الامام احمد حيث يقول فى كتابه الافصاح عن ==

فالعارية مثلا تؤثر على العين المعارة ، والارفاق كذلك يوثر على العقار فى حق الارفاق وكل ذلك يتعلق به حق الدائنين فخرج بذلك التبرعات التى تنصب على عمل بد ن المدين كما هو الحال مثلا فى التزام المدين باحضار المكفول به وعند الكفالة البدنية ، وكذلك التزامه بالوكالة عن غيره فمثل هذه التصرفات لاحظر عليه من انشائها ، اذ انها لاتمس حقوق الدائنين فى شئ وهذا ما نص عليه الفقهاء فى كثير من ابواب الفقه [1] وخرج بذلك ايضا التصرف المالى المضاف لما بعد الموت ، كما هو الحال فى الوصية وسواء أكانت وصية بعين أو وصية بمنفعة ، اذ أن ذلك وان كان من قبيل التبرع الا أنه مضاف الى ما بعد الموت ، وبالتالى لايستحقها الموصى له الا بعد سداد ما استحق فى ذمة المدين من دين وفى ذلك يقول صاحب شرح منتهى الارادات مانصه " ولا يصح أن يتصرف فيه - أى فى المال - بغير عتبير ووصية لانه لا تأثير لذلك الا بعد الموت [2] "

= معانى الصحاح ص١٩٣ " قال احمد فى اظهر روايتيه لاينفذ له - أى المدين بعد الحجر عليه - تصرف فى شئ من ماله الا العتق خاصة لانه شئ الله عز وجل "

(١) انظر على سبيل المثال باب الكفالة فى كشاف القناع جـ٤ صـ٣١٠ وباب الوكالة فى البحر الزخار جـ٥ صـ٥٧

(٢) انظر شرح منتهى الارادات جـ٢ صـ ١٤١ ، البجيرمى فى حاشيته على شرح منهج الطلاب جـ٢ صـ ٣٦٧

ب ـ الاسقاطات : والاسقاط هو كذلك نوع من أنواع التصرفات القريبة من التبرع وهو ذلك الذى يستطيع به من له حق فى شئ أن يسقط هذا الحق كلا أوبعضا بارادته المنفرده ، كما هو الحال فى ابراء المدين لمدينه من دين له فى ذمة هذا الاخير ، وذلك محظور عليه لما فيه من تفويت ظاهر لحقه مما يستتبع الاضرار بدائنيه فيكون حكمه حكم المتبرع وفى ذلك يقول ابن قدامة (وان وهب ـ أى المدين المحجور عليه ـ هبة بشرط الثواب ثم أفلس فبذل له الثواب لزمه قبوله ولم يكن له اسقاط شئ من ثمن مبيع أو اجرة أو اجارة ولا قبضه رديئا ولا قبض المسلم فيه دون صفاته الا باذن غرمائه " (١)

وكما هو الحال كذلك فى الوقف : اذ انه لا يعدو أن يكون اسقاطا لحق المدين المقضى عليه بالحجر وهو ممنوع كذلك منه وفى ذلك يقول الخصاف " ان الذى عليه الدين انما حبس عليه القاضى ماله لئلا يخرج شيئا من ماله عن ملكه فلو جاز وقفه لأرضه لم يكن للحجر معنى (٢) .

---

(١) ابن قدامة فى المغنى جـ٤ صـ٥٠٠ ، ٥٠١ . الفروق للقرافى جـ٢ صـ١١٠ ، ١١١ الامام السيوطى فى الاشباه والنظائر صـ٢٣٤ وان كان جانب من الفقه يذهب الى القول بأن الابراء تحليل لا اسقاط وبالتالى فهو يحتاج الى قبول .
انظر فى ذلك الفروق للقرافى فى الموضع السابق . والدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير جـ٤ صـ٩٩

(٢) الخصاف فى كتاب الوقف نقلا عن الفتاوى الترسوسية صـ١٥٢ وقد جاء فى العقود الدرية لابن عابدين جـ١ صـ١١٢ أن صاحب الدر المختار قد اقر ما جاء فى فتاوى الحائل من أنه " سئل فى رجل عليه دين لزيد وله دار ملك فقط لا يفى ثمنها بقدر دينه وليس له مايوفى به دينه فوقف الدار لمنع صاحب الدين فأجاب ليس للقاضى أن ينفذ هذا الوقف ويجبر المدين على بيعه وفاء للدين وان القضاة ممنوعون من تنفيذ هذا الوقف "

وكذلك الحال فيما يجب للمدين من الدية بالاحالة ، كما لو جنى عليه خطأ ، أو ما يستحقه من الدية بسبب عنوة عن القصاص فليس له اسقاط حقه فى الحالتين اذ أن هذا الاسقاط بمنزلة الابراء وهو ما لايجوز له شرعا ، وذلك فضلا عن أنه تعلق به حق دائنيه (١) .

جـ - الاقرارات المالية للغير بعد الحكم عليه بالحجر (٢)

فلقد اتفقت كلمة جمهور الفقهاء على أن الحكم بشهر اعسار المدين بالحجر عليه يؤثر على اقراراته المالية للغير من حيث عدم نفاذها فى حق الدائنين السابقة حقوقهم على هذا الحكم (٣) ومرد ذلك كما تنطق عبارات الفقهاء انه " قد تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال

---

(١) انظر فى ذلك الفتاوى الهندية جـ٥ ص٥٥ ، شرح الخرشى وحاشية للعدوى عليه جـ٥ ص٣٠٦ ، ٣٠٧ الام للشافعى جـ٣ ص١٧٩ ، ١٨٠ ، المغنى لابن قدامه جـ٤ ص٥٠٠ ، والبحر الزخار جـ٥ ص٩٠ ، تحرير الاحكام الشرعية جـ١ ص٢١٢

(٢) والاقرارات جمع اقرار وهو لغة مشتق من قر الشئ فى مكانه قرارا ، وقرورا من بابى ضرب وعلم ، واقر له بحقه أى اذعن واعترف وهو ضد جحده وقرره بالامر حملة على الاعتراف به ، ومعناه فى الشرع اخبار الانسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه .

انظر فى ذلك احمد ابراهيم فى طرق القضاء فى الشريعة الاسلامية ف٨٧ ، ٨٨ ص١١٦ ، ١١٧ . والمقصود بالاقرار هنا الاقرارات المتعلقة بالاموال دون التى لاتصادف المال اصلا كالاقرار بالحد والقصاص وما شابه ذلك .

(٣) وان كان ذلك لاينافى لزوم الاقرار فى حق المدين باتفاق الفقهاء مادام ذلك متعلقا بذمته اذ أن هذه الاخيرة باقية وصالحة لاستيعاب الحقوق سواء كانت له أو عليه ، وذلك بخلاف من قامت البينة على ثبوت حقه فى ذمة المدين حتى وان كان تاريخ الاثبات لاحقا على شهر الحكم مادام الالتزام بالحق سابقا عليه وفى ذلك يقول ابن قدامة (اذا ثبت عليه حق ببينة شارك صاحبه الغرماء لأنه دين ثابت قبل الحجر فاشبه مالو قامت البينة قبل الحجر) المغنى جـ٤ ص٤٩١ وانظر كذلك شرح الكنز جـ٢ ص٢٤٤ والمدونة

حقهم بالاقرار لغيرهم " (١) ثم ان تعلق حق الدائنين بهذا المال أشبه ما يكون بتعلق حق المرتهن بالشئ المرهون ، وكما أن اقرار الراهن لا يؤثر على حق المرتهن المتعلق بذلك الشئ المرهون فكذلك لا يؤثر اقرار المدين على حقوق الدائنين التى تعلقت بهذه الاموال ، وذلك فضلا عما هو مسلم به من أن الاقرار حجة قاصرة على المقر فهى لا تتعدى الى الغير وبخاصة مع ما يحيط مثل هذا الاقرار فى حالتنا تلك من مظنة التهمةالتى تعنى قصد الاضرار بالدائنين من جراء ما يستتبعه.

= الكبرى جـ٤ صـ١١٧ والمهذب جـ١ صـ٣٢٨ والبحر الزخار جـ٥ صـ٩٠ ، ٩١ وشرح النيل جـ٧ صـ١٦٤ ، ١٦٥

وبناء على ذلك أجمع الفقهاء على أنه (لوكان سبب وجوبالدين ثابتاعند القاضى بعلمه أو بشهادة الشهود بأن شهدوا على الاستقراض أو الشراء بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذى له الدين قبل الحجر)

انظر الفتاوى الهندية جـ٥ صـ٦٢ ، ٦٣

(١) الفتاوى الهندية جـ٥ صـ٦٢ ، ٦٣ كما جاء فى مجمع الضمانات صـ٤٣٦ ما نصه " ويمنع هذا المحجور من التبرعات ولو أقر لانسان بدين لا يصح اقراره فى حق الغريم الذى حجر لاجله ، فاذا زال دين هذا الغريم يظهر صحة اقراره السابق وهذا هو ما ذهب اليه الفقه الحنفى والمالكى والاصح فى الفقه الشافعى والفقه الحنبلى والزيدى والاباضى.

وقد جاء فى الفتاوى الهندية فى الموضع السابق " فان اقر فى حالة الحجر باقرار لزمه بعد قضاء الدين لانه تعلق بهذا لمال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم "

وجاء فى المدونه جـ٤ صـ١١٧ " قلت أرأيت ان قام عليه الغرماء ففلسوه فأقر لرجل بمائة فلا شئ للذى اقر له بالدين الا أن تكون له بينة" قلت ويتحاص اهل الدين فى حالة هذا دون المقر له ؟ قال نعم قلت وهذا قول مالك قال نعم "

كما جاء فى كتاب الام جـ٣ صـ١٨٦ ، ١٨٧ " ان اقر بحق لزمه بوجه من الوجوه فى ذمته أو فى شئ مما فى يده جعل اقراره لازما له ان حدث له بعد ذلك .. لانه وقف ماله فى حاله هذا لغرمائه كرهنه ماله لهم فيبدءون =

وفى ذلك يقول ابن قدامة " واذا اقر بدين لزمه بعد فك الحجر عنه. نص عليه احمد وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثورى والشافعى فى قول ، وقال فى الاخر يشاركهم واختاره ابن المنذر ... ولنا أنه محجور عليه فلم يصح اقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه أو كالراهن يقر على الرهن ، ولأن اقراره يبطل ثبوت حق غير المقر له فلم يقبل ... كاقرار الراهن ، ولأنه متهم فى اقراره فهو كالاقرار على غيره وفارق البينة فانه لاتهمة فيها "(١)

" ولئلا يلحقهم الاضرار بالاقرار والتلجئة وهى أن يبيعه من عظيم القدر لايمكن الانتزاع منه او الاقرار له ثم ينتفع به(٢) ولم يخالف فى هذا الحكم سوى الفقه الامامى (٣) ورأى فى الفقه الشافعى(٤)

= فيعطون حقوقهم فان فضل فضل كان لمن اقر له وان لم يفضل فضل كان ما لهم فى ذمته " وفى ذلك يقول صاحب البحر الزخار جـ٥ ص٩٠ ، ٩١ " ومن انكشف له دين من قبل الحجر شارك الغرماء واسترد ماله ان انكشف بعد التحصيص لكن ببينة لا باقرار"
كما يقول صاحب شرح النيل جـ٧ ص١٦٤ ، ١٦٥ " فان اقر بشئ من الدين لم يدخل على الغرماء وان كان ذلك لازما له الا ان صح أنه كان عليه قبل أن يحجر عليه "

(١) المغنى لابن قدامة جـ٤ ص٤٩٠ وانظر كذلك الام فى الموضع السابق .

(٢) الطورى فى تكملة البحر الرائق جـ٨ ص٩٠

(٣) حيث يقول صاحب تحرير الاحكام الشرعية جـ١ ص٢١٢ ما نصه " اذا اقر بدين اضافه الى ما قبل الحجر قبل قوله وشارك المقر له الغرماء"

(٤) حيث يرى الامام الشافعى فى احد قوليه نفاذ اقرار المدين فى حق الدائنين الاخرين اذ يقول " ان اقراره لازم له ويدخل من اقر له فى هذه الحال مع غرمائه الذين اقر لهم قبل وقف ماله . وذلك قياسا على المريض يقر بحق لزمه فى مرضه فيدخل المقر له مع اهل المدين الذين اقرلهم فى الصحة وكانت لهم بينة فهذا يحتمل القياس" انظر الام فى الموضع السابق .
وان كان لنا رأى فى هذا القول مع احترامنا للامام الشافعى رضى الله عنه

ويبدو أن ماذهب اليه جمهور الفقهاء فى هذا الصدد هو الاحق بالقبول والاجدر بالترجيح ، ومرد ذلك - أن القول بقبول اقرارات المدين على هذا النحو يهدم أركان هذا النظام الشرعى من اساسه ، وذلك فضلا عن أنه يجافى الحكمة التشريعية لسنه .

اما أنه يهدم أركان هذا النظام الشرعى ، فلأن القول بقبول اقرارات المدين على هذا النحو سوف يفتح الباب على مصراعية للتفلت من قيوده ، والكيد للدائنين عن طريق ماهو صورى من هذه الاقرارات .

وأماأنه يجافى الحكمة التشريعية لسنه ، فلأنه يستتبع الاخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين العاديين فى استيفاء حقوقهم دون ثمة مسوغ لذلك ، وذلك عن طريق التحايل الذى قد يكون بعض الدائنين طرفا فيه .

فاذا ما اضيف الى ذلك توافر مظنة التهمة التى تحوط هذا الاقرار لتوقيته الزمنى (١) لأدى ذلك الى القول بحتمية ترجيح ما رآه جمهور الفقهاء فى هذا الصدد .

د - **المعاوضات :** وهى تلك التى تصدق على جميع المبادلات المالية التى يباشرها المدين مع أى شخص آخر فى المال الممنوع من التصرف فيه ، وذلك كالبيع بمعناه الخاص والمقايضة والصرف ، كما يشمل الهبة بشرط العوض وعقود الايجار وما شابه ذلك من التصرفات التى يتحقق فيها معنى المبادلة

= وهو أن هذا الاستدلال - كما يبدو لى - ينتج دليلا ضد هذه الدعوى وليس فى صالحها - ومرد ذلك - أنه من المسلم به أن ديون الصحة بالنسبة للمريض تقدم فى الوفاء بها بعد موته على ديون مرضة فكذلك اذا انزلنا اقرار المدين منزلة ديون المرض فان المقر له يتأخر فى استيفاء حقة عن التدائنيين السابقة حقوقهم على صدور هذا الحكم الذى جعل حقوقهم متعلقة بأموال هذا المدين ....

(١) ولذلك علل الامام الشيرازى للقول الذى يرى عدم سريان اقرارات المدين بقوله

بين طرفيها ، فكل هذه التصرفات وما فى معناها اغقت كلمة جمهــــور الفقهاء على منع المدين من انشائها حينما قرروا أنه " لايصح منه كل تصرف مالى مفوت على الغرماء انشائى فى الحياة ابتداء" (١) وفى ذلك يقول الامـــام الدردير " فمنع المفلس بالمعنى الاخص من كل تصرف مالى كبيع وشراء وكراء واكتراء ولو بغير محاباة " (٢)

وبدهى أن العلة فى تقرير هذا المنع انما حى حماية الدائنين من تصرفات مدينهم الضارة بهم وذلك فضلا عن أنه قد يكون تصرفا صوريا لايقصد مـــن ورائه الا الاضرار بدائنيه (٣)

= " وان اقر بدين لزمه قبل الحجر، لزم الاقرار فى حقه وهل يلزم فى حـــق الغرماء ؟ فيه قولان: أحدهما لايلزم لانه منهم لانه ربما واطأ المقر له ليأخذ ما اقربه ويرده عليه ...." انظر فى ذلك المهذب جـ١ صـ٣٢٨

(١) الامام البجيرمى فى حاشيته على شرح منهج الطلاب جـ٢ صـ٢٦٧

(٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٣ صــ٢٦٤

وفى ذلك يقول صاحب تحرير الاحكام الشرعية جـ١ صـ٢١٢ ما نصـــه .

" ويمنع المفلس من كل تصرف مبتدأ يصادف المال الموجود وقت الحجـــر كالعتق والرهن والبيع والشراء"

وانظر كذلك البحر الزخار جـ٥ صـ٩٠ ، شرح النيل جـ٧ صـ١٦٤ حيـــث يقول مانصه " ومن خاصية الاعم أنه لا يجوز له تبرع ولا معاملة بغير عـــوض ولا محاباة الا ما تجرى العادة بفعله والاخص يمنع ما يمنع الاعم ويمنـــع مطلق البيع والشراء "

(٣) ولذلك علل جانب من الفقه الحنفى جواز الحجر على المدين بالخوف مـــن تصرفات المدين الصورية فى أمواله قصدا الى الاضرار بدائنيه فقال " لأن عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم " انظر الامام الميرغينانى فى الهدايه علـــى على البداية جـ٣ صـ٢٠٨ والطورى فى تكملة البحر الرائق جـ٨ صـ٩٤

ومع ذلك :

فان الاحناف وكذلك الفقه الزيدى وان اتفقوا مع جمهور الفقهاء فيما يتعلق بحكم غير المعاوضات من التصرفات الضارة بالدائنيين ، الا انهم يرون عدم التوسع في دائرة المنع من التصرف الى أبعد مما يهدف اليه هذا النظام الشرعى من حماية لمصالح الدائنين الا بالقدر الذى تدعو اليه الحاجة اذ أن اشهار اعسار المدين بالحجر عليه ، انما هو نظام شرع للضرورة والحاجة ، ولا ريب أن الضرورة تقدر بقدرها٠

ومن ثم فان الفقه الحنفى يقرر ان مصلحة الدائنين تتحقق بمنع المدين من كل تصرف يؤدى الى الاضرار بالدائنين كما هو الحال فى التبرع والاقرار للغير فى المال الذى تعلقت به حقوق الدائنين ، والبيع بأقل من ثمن المثل ، لان فى مثل هذه التصرفات تفويت للمال الذى تعلقت به حقوق الدائنين بمقتضى الحكم على المدين (١) أما اذا كان بثمن المثل فلا يمنع المدين من انشائه لانه ليس فيه اضرار بالدائنين٠ وفى ذلك يقول الامام ابن عابدين رضى الله عنه :

" وأما البيع فان بمثل القيمة جاز وان بغبن فلا ويتخير المشترى بين ازالة الغبن والفسخ ٠(٢)

كما يرى الامام العينى ان المدين المحجور عليه يمنع " من التصرف والبيع بأقل من ثمن المثل "(٣)٠

ولا شك أن البيع ليس هو الصورة الوحيدة من عقود المعاوضات التى اسبغ عليها الفقه الحنفى هذا الحكم وانما يشاركه فى ذلك سائر عقود المعاوضات

---

(١) انظر فى ذلك الهداية على البداية جـ٣ صـ٢٠٨ والفتاوى الهندية جـ٥ صـ٦٢
(٢) ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار جـ٥ صـ٩٩
(٣) العينى بشرح الكنز جـ٢ صـ٢٢٤ وفى ذلك يقول صاحب التاج المذهب جـ٤ صـ١٦٢ " لو باع المحجور عليه ليقضى الغرماء أو لحاجته الماسة لنفقته صح ذلك البيع ان لم يغبن "

المالية التى تقاس عليه وذلك لاشتراكها معه فى العلة ، وذلك مثل الشراء بأقل من ثمن المثل - والكراء والاكتراء بأقل او أكثر من اجر المثل وما شاكل ذلك من عقود المبادلات

بيد أن ما ذهب اليه الفقه الحنفى والزيدى اذا أخذ به على اطلاقه قد يفتح الباب امام المدين للتحايل وتبديد المال الذى يكون حصيلة لمعاوضاته.

لذلك فانه يبدو لى : أنه من الاولى أن يضم الى رأى الاحناف شرطا يحصن تلك الاموال التى تؤول للمدين من الضياع ، وذلك سدا لذريعة اتلافها أو تبديدها.

وقد يكون هذا الشرط متمثلا فيما رآه المقنن المدنى من حتمية ايداع هذه الحصيلة بين يدى القضاء كما سنرى فيما بعد.

وخلاصة القول فيما سبق من حديثنا عن هذا الشرط أن كل تصرف للمدين يرتب ضررا على الدائنين من جراء سريانه فالمدين ممنوع من انشائه فخرج بذلك التصرفات التى لا ضرر فيها على الدائنين فليس لهذا الحكم من اثر عليها ومما نص عليه الفقهاء كمثال لذلك التصرفات المالية المتعلقة بذمة المدين فقد اتفقت كلمتهم على انه لا أثر لهذا الحكم على تصرفات المدين التى تتعلق بذمته ، فله أن يتصرف بكل أنواع التصرفات التى قد تكسبه حقا أو تلزمه بآخر اذ أنه أهل لذلك ما دام متمتعا بكامل اهلية الاداء.

وفى ذلك يقول صاحب شرح منتهى الارادات ما نصه " وان تصرف محجور عليه لفلس فى ذمته بشراء أو اقرار ونحوهما كاصداق وضمان صح لاهليته للتصرف والحجر يتعلق بماله لا بذمته "(١)

---

(١) شرح منتهى الارادات جـ٢ صـ١٤٢

اذ أن مثل هذه التصرفات لاتمس مصلحة دائنيه بأدنى ضرر لانه متى " حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من التصرف فيه فان اقترض أو اشترى شيئا صح لانه لاضرر على الغرماء فيما يثبت فى ذمته ، ومن باعه أو اقرضه بعد الحجر لم يشارك الغرماء فى ماله ، لأنه ان علم بالحجر فقد دخل على بصيرة وان ديون الغرماء متعلقة بماله وان لم يعلم فقد فرط حين دخل فى معاملة على غير بصيرة فلزمه الصبر الى ان ينفك الحجر عنه "(١).

وما دامت ديون الدائنين الجدد الذين يتعاملون معه فى ذمته بعد الحكم لا يستوفى منه الا بعد زوال الحجر عنه ، فلا ضرر اذا على الدائنين الاولين المحجور لهم .

واخيرا فان عدم نفاذ تصرف المدين فى أمواله المحجوز عليها انما يصدق على جميع دائنيه ، وبالتالى فانه يستوى أن يكون هذا الدائن دائنا عاديا أو يكون دائنا صاحب دين ممتاز ، وذلك فضلا عن أن عدم نفاذ التصرف لايسرى كذلك بداهة فى حق من اشترى مال المدين بالمزاد للوفاء منه بحقوق الدائنين

الشرط الثانى : أن يكون التصرف لاحقا على الحكم بالحجر على المدين وهذا شرط بدهى : اذ لا شك ان المدين قبل صدور الحكم عليه يكون مطلق الحرية فى انشاء كافة التصرفات التى يعن له مباشرتها (٢).

---

(١) الشيرازى فى المهذب جـ١ صـ٣٢٨
وفى ذلك يقول المقدسى فى الشرح الكبير جـ٤ صـ٤٦٤ " اذا تصرف فى ذمته بشراء أو ضمان أو اقرار صح ويتبع بعد فك الحجر عنه لانه أهل للتصرف ، وانما وجد الحجر فى حقه ، والحجر متعلق بماله لا بذمته ولكن لا يشارك اصحاب هذه الديون الغرماء لانهم رضوا بذلك ، اذ علموا بفلسه وعاملوه ومن لا يعلم فقد فرط فى ذلك فان ذلك فى مظنة الشهرة فعلى هذا يتبع بها فى فك الحجر عنه"
وانظر كذلك المغنى جـ٤ صـ٤٨٩ والشرح الكبير جـ٣ صـ٢٦٨ حيث يقول" اذا اشترى شيئا وشرط أن يقضيه من غير ما حجر عليه مما سيطرأ جاز"

(٢) وفى ذلك يقول ابن قدامة فى المرجع والموضع السابق " مافعله المفلس قبل =

ولكن ما المقصود بالتصرف اللا حق هنا ؟أهوذاك الذى يكون تمام انشائه بعد الحكم وفقط ، أم انه يصدق كذلك على ما كان ممتدا لآثار منها حتى ولو كان انشاؤه قبل صدور هذا الحكم .

يطالعنا الاجماع الفقهى بأن المقصود بالتصرف اللاحق هنا ، هو ما يمثل انشاء جديدا لعلاقة لم تكن قائمة من قبل ، وبالتالى فانه لا يصدق على التصرفات التى نشأ سببها قبل الحكم وامتدت اثارها الى ما بعده ، كما اذا ارتبط المدين بتصرف ما قبل الحكم ولم تظهر آثاره كلاً و بعضا الا بعد صدوره .

وقد يكون هذا التصرف تبرعا كالهبة أو معاوضة كالبيع والايجار ، أوترتيبا لحق عينى لصالح احد الدائنين كما هو الحال فى الرهن فيكون المتصرف اليه دائنا للمدين بالشئ الموهوب له أو بثمن المبيع أو بدل الاجرة أو قيمة الرهن وهكذا ، ويكون له بهذه المثابة الحق فى مشاركة باقى الدائنين فى المال الذى حجر على المدين فيه .

بل قد يكون له حق التقدم على غيره فى الاستيفاء اذا تعلق دينه بعين معينة من اموال المدين كما لو كان مرتهنا أو قد يكون له حق الاسترداد اذا وجد ماله بعينه عند المدين المحجور عليه وقت قسم امواله بين دائنيه وفى ذلك يقول صاحب شرح منتهى الارادات ما نصه " ولا يصح أن يتصرف فيه - أى فى المال - بغير تدبير ووصية لانه لا تأثير لذلك الا بعد الموت وخروجه من الثلث .....والمراد تصرف مستأنف كبيع وهبة ووقف واصداق ونحوه ، لانه محجور عليه فأشبه الراهن بتصرف فى الرهن ولأنه متهم فى ذلك . فان كان التصرف

= حجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو اقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ ، وبهذا قال أو حنيفة ومالك والشافعى ولانعلم أحداخالفهم ولانه رشيد غير محجور عليه فأشبه الملئ ، وان اكرى جملا أو دار لم تفسخ اجارته بالفلس وكان المكترى احق به حتى تنقضى مدته ، ومع ذلك يبدو أن =

غير مستأنف الفسخ لعيب فيما اشتراه قبل الحجر ، أو الامضاء أو الفسخ فيما اشتراه قبله بشرط الخيار صح لانه اتمام لتصرف سابق على حجره فلم يمنع كاسترداد وديعة أودعها قبل حجره ولا يتقيد بالاحظ " (١)

= التعميم الذى ذكره ابن قدامة هنا محل نظر اذ المعلوم أن الفقه المالكى يرى جواز منع المدين من التصرف فى حالة التفليس العام دون الخاص .

(١) شرح منتهى الارادات جـ٢ صـ١٤١

وانظر كذلك المهذب جـ١ صـ٣٢٨

وشرح منهج الطلاب جـ٢ صـ٣٦٧ ، ٣٦٨

وكشاف القناع جـ٣ صـ٣٥٢ ، ٣٥٣ حيث يقول :

" للمفلس رد ما اشتراه قبل الحجر عليه بعيب أو خيار شرط أو غبن أو تدليس ونحوه غير متقيد بالاحظ لأن ذلك اتمام لتصرف سابق على حجره فلم يمنع منه كاسترداد وديعة/أو دعها/قبل الحجر" .

وجاء فى المغنى جـ٤ صـ٥١٠ " ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار له ولا يجبر على مافيه الحظ من الرد والامضاء لأن الفلس يمنعه من احداث عقد أمام امضائه وتنفيذ عقوده مثلا"

وانظر كذلك تحرير الاحكام الشرعية جـ١ صـ٢١٢ حيث يقول " ويمنع المفلس من كل تصرف مبتدأ يضاف المال الموجود وقت الحجر كالعتق والرهن والبيع والكتابة "

وراجع كذلك مفتاح الكرامة جـ٥ صـ ٣١٤

المطلب الثانى

شروط عدم نفاذ التصـــرف فى الاموال المحجوز عليها فى القانون الوضعـــى

حتى يمكن النعى على تصرف المدين بعدم نفاذه ، فلا بد من أن نستجمع الشرطين التاليين :-

الشرط الاول : الا يتعارض التصرف مع الغاية من الحجز٠

وبدهى أن ذلك التعارض لا يتحقق الا فى حالة ما اذا كان التصرف ضارا بالدائنين العاديين ، أو الدائنين الممتازين ، أو مشترى العقار بالمزاد(١)٠

ومن أمثلة ذلك التصرف الضار٠

أ - **التبرعات :** وهى تلك التى تتمثل فى كل تصرف يصدر من المدين فـــى الاموال المحجوز عليها دون مقابل له ، سواء أكان هذا التصرف متعلقـا بعين من اعيان المال المحجوز عليه كالهبة ، أو كان متعلقا بمنفعة تابعـة

(١) انظر فى تفصيل ذلك:-

احمد أبو الوفا فى اجراءات التنفيذ ط ١٩٧٦ ف ٢٩٥ ص ٦٥٦/٦٥٨

- فتحى والى فى التنفيذ الجبرى ط ١٩٨٠

- محمد عبد الخالق عمر ف ٤٥٠ ص ٤٦٦ ، ٤٦٧ مبادئ التنفيذ ط ١٩٧٧

وقد جاء فى التعليق على قانون المرافعات للمستشار عز الدين الدناصـــورى وآخر الطبعة الثانية ١٩٨٢ " ويلاحظ أن التصرف اللاحق لتسجيل التنبيـه وان كان غير نافذ فى حق صاحب التنبيه الا أنه صحيح بين طرفيه فاذا زال الحجز أو بطل اعتبر التصرف نافذا الى حق الجميع بأثر رجعى واذا بقى جزء من الثمن بعد وفاء الديون الواجب استيفاؤها من حصيلة التنفيذ كانت من حق المتصرف اليه " ص١٠٠٩

وانظر أيضا حكم محكمة النقض فى ٧/١٢/١٩٦٧/١٨ص١٨٢٦ بنفس المرجع ص١٠١٠

=

لعين من أعيان هذا المال كما هو الحال فيما لو قرر المدين حق انتفاع أو حق ارتفاق على عين من أعيان تلك الاموال (١) اذ لاشك أن التبرع يمثل تلك المنافع وانما يؤثر على قيمة المال المحجوز عليه ٠

ب - الاسقاطات : وهى تلك التى تعنى تنازل المدين عن حق ثابت له قبل الغير بعد الحجز عليه ، اذ هو يشبه التبرع كما هو الحال فيما لونزل المدين عن حق ارتفاق مقررلمصلحة العقار المحجوز عليه (٢)٠

= وانظر نقض ٧٩/١/٢٤ طعن رقم ١٥ لسنة ٤٥ق
ونقض رقم ٦٧/١٠/١٧ سنه ١٨ ص١٥٣٤ ، نقض ٨٣/٥/٢٤ طعن رقم١٧٩٣ لسنة ٥٢/ق

(١) انظر فى ذلك :
فتحى والى فى المرجع السابق ف ٢٠٧ ص٣٧١
- احمد أبو الوفا ف ٢٩٤ ص٦٥٣ ، ٦٥٤ وقد اضاف فى هامشهارقم (١) ما يلى : بالنسبة لحق الارتفاق " اختلف الرأى فى فرنسا بصدد انشاء حق الارتفاق ، فقال البعض بجواز انشائه على اعتبار أنه لايضر الدائن المباشر للاجراءات لان المستفيد من حق الارتفاق لايعتبر حائزا مما يجب انذاره ، وقيل بعدم جواز انشائه على اعتبار أن من شأنه التقليل من قيمة العقار عند بيعه بالمزاد٠
وقد انقطع الخلاف بالنص على وجه التعميم ما يرتب على العقار من حقوق عينية ٠٠٠٠٠٠٠"

(٢) انظر فى ذلك
- احمد أبو الوفا فى المرجع والموضع السابق ٠
- محمد عبد الخالق عمر فى مبادئ التنفيذ ص٤٦٦
- فتحى والى فى المرجع السابق وقد ذكر فى ص٣٧٨ ما نصه " انه اذابطل الحجز أو زال سواء لنزول الحاجز عنه أو لاعتباره كأن لم يكن لعدم القيام باجراء تال له فى ميعاده القانونى ، أو للوفاء بالحق المحجوز من اجله اعتبر التصرف نافذا فى مواجهة الجميع وبأثر رجعى " ٠٠ وكما ذكر فى هامش ٢ نفس الموقع " ويكون التصرف نافذا ولوقام الحاجز الذى زال حجزه ببدء خصومة تنفيذ جديدة ، اذ الخصومة الجديدة تبدأ بعد أن اصبح التصرف نافذا ٠ هذا ولو كانت الخصومة الجديدة قد بدأت بنفس السند التنفيذى الاول "

أو اسقط المدين حقه في الاموال المحجوز عليها لدى الغير أو اسقط حقه في الوصية له من الغير بعد الحجز على الاموال التي تمثل تلك الوصيه اذ أن الموصى له يملك الشئ الموصى به بموجب الوصية فيكون رفضه لها بعد الحجز عليها بمثابة نزوله عن شئ مملوك له (١)

جـ — **المعاوضات :** وذلك كالبيع والمقايضة ، وكل تصرف يكون بمقابل (٢).

---

(١) السنهوري في الوسيط جـ٢ف ٥٧٧ ص ١٠١٣ هامش ٢

(٢) وقضت محكمة النقض في حكم لها بأن تصرف المدين غير النافذ في حق الحاجزين في التنفيذ العقاري هو ما يكون من شأنه اخراج العقار محل التنفيذ من ملك المدين أو يترتب حقا عليه — نقض ٧٩/١/٢٤ طعن رقم ٨٠ لسنة ٤٥ ق

د ـ التصرفات المنشئة لحق عينى تبعى :

ويستوى ان يكون التصرف الذى انشأ هذا الحق راجع الى ارادة المدين كما هو الحال فى الرهن (١) ، أم كان ذلك رغما عنه كما هو الحال فى ترتيب حق الاختصاص (٢).

الشرط الثانى : أن يكون التصرف لاحقا للحجز على المنقول أو تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار:ـ

حتى يكون التصرف غير سار فى حق الدائنين ومن اشترى العقار بالمزاد ، فانه يجب أن يكون التصرف لاحقا للحجز على المنقول .

ومن ثم فان التصرف اذا كان ثابت التاريخ قبل الحجز فانه لامجال للنعى عليه لعدم النفاذ حيث يعتبر الحجز واردا على مال غير مملوك للمدين متى كان التصرف ناقلا للملكية (٣).

---

(١) وقد ذكر الدكتور فتحى والى فى المرجع السابق ص٣٧١ قوله " كانت المسألة محل خلاف فقد حكم بأن الرهن يدخل فى هذه التصرفات ، وقيل من البعض ـ على العكس ـ أنه لايدخل وقد قطع القانون المصرى ١٩٤٩ مادة (٦١٦) والحالى مادة (٤٠٥) كل خلاف فى هذا الشأن اذ نص على الرهن صراحة ، وحسنا فعل اذ أن الحجز على العقار يؤدى الى تعلق حق الحاجز به وبالتالى يجب أن يؤدى الى تجميد مركز الدائنين بالنسبة للمال المحجور.

(٢) وقد ذكر ايضا الدكتور فتحى والى فى المرجع والموضع السابق من صلب الصحيفة المشار اليها بقوله ومن هذا يتبين أنه يدخل فى التصرفات التى لا تؤثر فى اجراءات التنفيذ ليس فقط ما كان مصدره ارادة المحجوز عليه كالبيع أو الرهن بل ايضا ما يتم بغير تدخل ارادته بل رغما عنه مثل ترتيب حق الاختصاص .

(٣) انظر فى تفصيل ذلك
- احمد أبو الوفا فى المرجع السابق ص٦٥٦ وما بعدها .
- فتحى والى فى المرجع السابق ٣٧٥
انظر نقض مدنى ٢٠ يناير ١٩٥٥ ص ٥٠٧
ونقض ١٩٦٧/١٢/٧ /١٨ ص١٨٢٦

والامر كذلك بالنسبة للتصرف فى الحق المحجوز عليه لدى الغير حتى لا يمكن النعى عليه بعدم النفاذ متى كان سابقا على الحجز عليه ، وسواء كانت الحوالة هى وسيلة انقضاء ذلك الحق ، أم كانت المقاصة هى السبيل الى ذلك ٠

الا أنه يلزم لانقضاء الحق المحجوز عليه لدى الغير بالحواله استيفاء شروط نفاذها فى مواجهة الغير قبل الحجز ٠

كما أنه يلزم لانقضاء هذا الحق بالمقاصة أن تتوافر شروطها قبل الحجز (١)

وفى حالة ما اذا كان التصرف فى العقار:

فانه يلزم لعدم سريانه وقوع ذلك التصرف قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية وفقا لما نصت عليه المادة (٤٠٥) مرافعات من أنه لا يؤثر التصرف فى اجراءات التنفيذ" اذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية (٢)٠

بيد أن العبرة بالتصرف فى العقار هى كونه مشهرا قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ٠

ومن ثم فانه اذا كان التصرف مشهرا قبل هذا التسجيل كان سار فى حق الدائنين ومن فى حكمهم ، اما اذا لم يشهر الا بعد تسجيل التنبية ، أو لم يشهر على الاطلاق فانه لا يؤثر فى حق الحاجز ومن كان فى حكمه حتى ولو كان التصرف ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه (٣)٠

---

(١) ولهذا فان المقاصة التى تتوافر شروطها بعد الحجز لا تؤثر فى حق الدائن الحاجز ولو كان السند القانونى الذى جعل المحجوز لديه دائنا للمحجوز عليه ثابت التاريخ قبل الحجز ٠ راجع د/ فتحى والى المرجع السابق ص٣٧٥

(٢) انظر الهامش السابق على التعليق الوارد على المادة (٤٠٥) من هذا المطلب

(٣) انظر فى تفصيل ذلك :

- د٠ احمد أبو الوفا المرجع السابق ص٦٥٣ وما بعدها ٠
- د٠فتحى والى المرجع السابق ص٣٧٦

=

ويتبين مما تقدم أن الاتفاق بين الفقه الاسلامى وقانون المرافعات حـــــول الشـــروط التى يلزم توافرها لعدم نفاذ تصرف المدين فى الاموال المحجـوز عليها فى حق دائنيه ومن كان فى حكمهم ٠

= - د٠ محمد عبد الخالق عمر المرجع السابق ص ٤٦٢ وما بعدها

- د٠محمد محمود ابراهيم فى اصول التنفيذ الجبرى ص ٥٢٥ وما بعدها٠

الفصل الثالث

في مراتب توزيع أموال المدين بعد التنفيذ عليها بالبيع

وسنبين فيه موقف الشريعة الاسلامية من ذلك ،ثم ماعليه القانون الوضعي وذلك فى مبحثين :

المبحث الأول

مراتب توزيع أموال المدين فى الفقه الاسلامى

وتخلص القاعدة العامة فى مراتب توزيع أموال المدين فى المطالب التالية:

المطلب الأول

فى الوفاء بالديون التى لها امتياز عام على جميع أموال المدين.

لقد قضى المشرع بأولوية الوفاء بالديون ذات الامتياز العام على ما سواه من الديون الاخرى كمرتبة أولى من مراتب الوفاء .

ويتحدد مفهوم الامتياز العام فى هذا الصدد ، يكون الدين مستمد أولوية الوفاء به بمقتضى نص الشارع على ذلك ، وذلك لكون الدين ذو صلة مباشرة بالقيمة المالية لمجموع ما تم التنفيذ عليه من أموال المدين لا لكونه يتعلق بشئ معين من هذه الاموال .

ومن هنا كان قضاء المشرع بأولوية مثل هذا الدين فى حتمية الوفاء به مقدما على جميع ما سواه من الديون كما هو الحال مثلا فى المصروفات القضائية التى تنفق بمناسبة التنفيذ على أموال المدين وتصفيتها وذلك كالاجرة التى يستحقها الامين الذى تودع لديه الاموال حتى يتم قسمتها بين الدائنين _ أى أجرة حراستها _ وكذلك اجرة القائمين على قسمة اموال المدين ، كأجرة

الكيال والوزان والمنادى على السلعة فى الاسواق لحظة بيعها ،وكذلك ما يستحقه من اجر من قام بنقل المتاع من حوزة المدين الى السوق أو الى مكان بيعها مثلا٠

فتلك كلها نفقات قضائية أو ادارية لازمة لعملية تصفية اموال المدين ، ولا تعلق لها بشئ معين من أمواله ولكنها لازمة لتمام التصفية ذاتها التى تتم لمصلحة جميع الدائنين ، ومن هنا كان قضاء المشرع بأولويتها فىالوفاء على ما سواها من الديون ، أى انها ذات امتياز عام على جميع اموال المدين ، وتستمد شرعية امتيازها على غيرها من نص الشارع على ذلك (١)٠

المطلب الثانى

فى الوفاء بالديون ذات الامتياز الخاص

وهى تلك الديون التىتستمد أولويتها فى الوفاء من صلتها بشئ معين من أموال المدين ، وذلك بنص الشارع عليها أى دون اتفاق على ذلك بين المدين وبين من خوله المشرع الحق فى هذه الاولوية ، كما هو الحال مثلا فى امتياز حق المستأجر على ثمن الارض المؤجرة ، وامتياز المؤجر بقيمة الاجرة على الزرع المملوك للمستأجر فى حالة افلاس هذا الاخير ٠

وكما هو الحال كذلك : فى امتياز اجرة الصانع على ثمن الشئ المصنوع للمفلس ، ومقتضى الامتياز الخاص الثابت لمثل هؤلاء أن تكون لهم أولوية فى استيفاء حقوقهم من ثمن العين التى تتعلق بها هذه الحقوق ٠

والعلة التى حدت بالمشرع الى النص على هذا الامتياز الخاص هى :ـ أن حقوق من ثبت لهم هذا الامتياز كانت هى السبب فى وجود ذلك الشئ

---

(١) انظر فى ذلك ابن قدامة فى المغنى ج٤ ص ٤٩٥ حيث يقول " فان وجد متطوعا بالنداء والا دفعت الاجرة من مال المفلس لأن البيع حق عليه لكونه

الذى يتعلق به هذا الحق غالبا ٠

فحق الصانع مثلا أسبغ عليه المشرع وصف الامتياز الخاص لانه صنعته كانت سببا فى وجود الشئ المصنوع على هيئته الاخيرة ٠

وحق المؤجر أضفى عليه المشرع نفس الوصف لأن ارضه هى التى نما فيها زرع المستأجر المفلس وهكذا ٠

وهذا هو ما عبر عنه الدسوقى بقوله (وقدم رب الارض بكرائها فى زرعها حتى يستوفى منه حصته السنة المزروعة وما قبلها وكذا ما بعدها اذا لم يأخذ أرضه وان لم يكن له بعدها شئ فى الفلس - أى فلس المكرى - لأنه نشأ عنها وهى حائزة له ، فحوزها كحوز ربها فكان بمنزلة من باع سلعة وفلس مشتريها قبل قبضها ، وسواء جذ الزرع أم لا ثم اذا استوفى الكراء يقدم على الغرماء فيما بقى من الزرع ساقيه أى الاجير الذى استؤجر على سقيه بأجرة معلومة فى الذمة اذ لولاه ما انتفع بالزرع ثم يلى ساقيه فيما فضل مرتهنه الحائز له ثم ان فضل شئ فالغرماء " (١)

وينطبق هذا النص الفقهى بأنه وان كان المشرع قد قضى بالامتياز الخاص لاصحاب هذه الحقوق الا انها مع ذلك ليست فى مرتبة واحدة اذ تقدم بعضها على بعض عند التزاحم ٠

= طريق وفاء دينه ٠٠٠٠٠٠ وكذلك الحكم فى اجر من يحفظ المتاع والثمن واجر الحمالين وغيرهم " " وان احتاج فى حفظة - أى المتاع - الى غرامة دفع ذلك الى من يحفظة "

كما يقول المقدسى فى الشرح الكبير على هامش المغنى جـ٤ صـ٤٩٧ " ويعطى المنادى اجرته من المال لأن البيع حق على المفلس لكونه طريق وفاء دينه" كما يقول صاحب جواهر الكلام جـ٤ صـ١٨٩ " تقدم اجرة الكيال والوزان والحمال وما يتعلق بمصلحة الحجر على سائر الديون "

- وانظر كذلك نهاية المحتاج جـ٣ صـ٣١١ ، وكشاف القناع جـ٣ صـ٣٦٢

(١) الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير جـ٣ صـ٢٨٨ ٠ وانظر كذلك البجيرمى =

المطلب الثالث

فى الوفاء بالديون المضمونة بتأمين عينى

وهى تلك الديون التى تستمد أولويتها فى الوفاء على ما بعدها من اتفاق الدائن والمدين على ذلك . كما هو الحال فى الرهن .

اذ أن الرهن يخول المرتهن بداهة الحق فى اولوية الوفاء بالدين المضمون بذلك الرهن .

غير أن امتياز حق المرتهن لا يمكن أن يكون سابقا فى أولويته على من أثبت لهم المشرع حق الامتاز ، سواء كان الامتياز عام أم خاصا (١)

ومرد ذلك كما يبدو لى أن حق الامتياز انما يثبت بنص الشارع عليه ، أما حق المرتهن فقد ثبت باتفاق المتعاقدين

وتجدر الاشارة اخيرا :

الى ان حق المرتهن فى ضمانه الخاص لا يجب حقه فى الضمان العام ، فلو فرض ان قيمة الشئ المرهون ، قد ضاقت عن الوفاء بالدين المضمون بذلك الرهن فانه يحق للدائن المرتهن ان يشترك ببقية دينه مع سائر الدائنين العاديين .

ولذلك ارشد المشرع الى توجيه البيع الجبرى بداية على الشئ المرهون ، حتى تتضح قيمته المالية وما اذا كانت كافية للوفاء بالدين المضمون بذلك الرهن أو لا تكفى للوفاء به فان اتضح كفاية قيمة الشئ المرهون للدين المضمون به

= فى حاشيته على شرح منج الطلاب جـ٢ ص٣٦٩ حيث يقول " يقدم مرتهن على غيره لتعلقه بالعين ، ومستحق اجرة على عمل فى عين كقصارة "

(١) انظر النص السابق للامام الدسوقى فى متن المطلب السابق .

فيها ونعمت ، أما اذا كانت الاخرى _ أى قيمة الشئ لاتكفى _ اتضح للدائن المرتهن قيمة ما تبقى له من دين فى ذمة المدين حتى يشترك به مع سائر الدائنين العاديين (١)

---

(١) أ _ وهذا هو ما عبر عنه الشافعى فى الام جـ٣ صـ١٨٥ بقوله " ما يباع من مال ذى الدين ضربان ، احدهما مرهون قبل أن يقام عليه ، والاخر غير مرهون ، فاذا باع _ أى الحاكم _ المرهون دفع ثمنه الى المرتهن ساعة بيعه اذا كان قد اثبت رهنه عند الحاكم وحلف على ثبوت حقه فان فضل عن رهنه شئ وقفه وجميع ما باع مما ليس برهن حتى يجتمع ماله وغرماؤه فيفرق عليهم _ قال _ واذا باع لرجل رهنه فعجز عن مبلغ حقه دفع اليه ما نقص من ثمن رهنه وكان فيما بقى من حقه اسوة بالغرماء"
وانظر كذلك المهذب جـ١ صـ٣٢٩
حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج جـ٣ صـ٣١٦

ب _ وفى ذلك يقول ابن قدامة فى المغنى جـ٤ صـ٤٩٥ " ثم بيع الرهن فيدفع الى المرتهن قدر دينه وما فضل من ثمنه رده الى الغرماء وان بقيت من دينه بقية ضرب بها مع الغرماء ."
وانظر كذلك المقدسى فى اشرح الكببير على هامش المغنى جـ٤ صـ٤٩٩

جـ _ وفى ذلك يقول صاحب البحر الزخار جـ٥ صـ٨٣ " والمرتهن أولى بثمن رهنه لتعلق حقه بعين وحق الغرماء لايختص بعين ويقدم بيعه لجواز أن ينقص ثمنه عما رهن فيه فيحتاج المرتهن الى توفيته "

د _ وانظر كذلك تحرير الاحكام الشرعية جـ١ صـ٢١٦ وشرح النيل جـ ٧ صـ ١٥٤

المطلب الرابع

فى الوفاء بالديون العادية

اذ استوفى اصحاب الحقوق الممتازة حقوقهم على الترتيب السابق بيانه قسم الباقى بين دائنيه العاديين وهم الذين لا تتعلق حقوقهم الا بذمة المدين.

حيث يعطى كل منهم كامل حقه ان كان فى الباقى من اموال المدين كفاية للوفاء بحقوقهم جميعا .

اما ان ضاق الباقى من اموال المدين عن الوفاء بهذه الحقوق قسمت هذه الاموال قسمة غرماء بين دائنيه : وهى تلك التى تتحقق بغرم كل واحد من الدائنين لجزء من حقه وذلك فى سبيل الحصول على الجزء الاخر منه ، وهو بشكل يؤدى فى النهاية الى تحقيق هذه المساواة بين الدائنين (١)

---

(١) وذلك هو ما عبر عنه الخرشى فى شرحه لمختصر خليل جـ٥ ص ٣١٢ ، ٣١٣ بقوله " وقسم مال المفلس المجتمع من اثمان ما بيع وفاضه (أى ذهبه) اما بنسبة الديون بأن ينسب كل دين لمجموع الدين كما لو كان لشخص مائة ولآخر خمسون ولاخر مائة وخمسون ومال المفلس مائة وعشرون فنسبة دين الاول لمجموع الديون ثلث فيأخذ اربعين ونسبة دين الثانى سدس فيأخذ عشرين ونسبة دين الثالث النصف فيأخذ ستين ، ويحتمل طريقا آخر وهو نسبة مال المفلس لجملة الديون وطريق ذلك أن تعلم كمية الديون فبتلك النسبة يأخذ كل غريم من دينه ، مثلا لو كان جميع مال المفلس عشرين دينارا وجميع الديون اربعين فنسبة العشرين الى الاربعين النصف فيأخذ كل واحد من الغرماء نصف دينه ".

وانظر كذلك :-

شرح الجوهرة النيرة لمختصر القدورى للشيخ زين العابدين ص٢٤٨

والبجيرمى فى حاشيته على شرح منهج الطلاب جـ٢ ص٢٧٣

ولكن هل تعنى تلك المساواه بين الدائنين قصر الحق فى اقتسام اموال المدين على من كان حاضرا لاجراءات التنفيذ على هذه الاموال وقت قسمتها فقط؟ أم انه يشمل كذلك من لم يشترك فى اجراءات الحجز والتنفيذ على تلك الاموال؟

يطالعنا الفقه الاسلامى باتجاهين ازاء الاجابة على هذا التسأول :-

الاتجاه الاول :

يرى: أن المساواة التى تغياها المشرع فى هذا الصدد انما هى المساواة الفعلية بين الدائنين جميعا ، بمعنى حتمية كل مستحق على سهمه فى اموال المدين حتى وان لم يشترك فى اجراءات التنفيذ على تلك الاموال .

وبالتالى فان حتمية هذه المساواة لاتقف عند حد اقتسام اموال المدين بل انها تمتد الى ما بعد هذه القسمة كذلك .

ومن ثم :- فانه اذا انتهت اجراءات التوزيع لاموال المدين ثم ظهر بعد ذلك دائن آخر أو اتضح أن السهم الذى حصل عليه احد الدائنين مستحق لغير مدينه فانه يحق لهذا أو لذاك الرجوع بقيمة ما يستحق على بقية الدائنين والا اختل ميزان المساواة الذى حرص المشرع على اعماله كاملا (١).

(١) انظر فى ذلك
مختصر القدورى وشرحه الجورة النيرة ص ٢٤٨
- مدونة الامام مالك جـ٤ ص١١٦ حيث جاء فيها " وسألت مالكا عن الرجل يفلس فيقوم عليه غرماؤه ثم يقتسمون بالحصص ثم يأتى غريم لم يحاصص كيف يرجع عليهم ؟ قال يرجع عليهم بقدر حصته "
- وانظر كذلك اقرب المسالك جـ٢ ص٨٠ حيث يقول " وان ظهر دين لغريم بعد القسمة رجع الغريم الطارئ على كل الغرماء بما يخصه فى الحصاص"
- الام جـ٣ ص١٨٤ حيث يقول الشافعى " لو حجر عليه القاضى ثم باع ماله وقضى غرماءه وحضر له غرماء كانوا غيبا داينوه قبل تفليسه ادخلنا الغرماء الذين داينوه قبل تفليسه الاول على الغرماء الذين اقتسموا ماله بقدر مالكل واحد عليه "
=

الاتجــاه الثانى :

ويرى وجوب قصـــر توزيع اموال المدين على المشتركين فى اجراءات التنفيذ على أموال المدين وعلى من يحضر اجراءات القسمة ويطلب الحصول على سهمه منها ، فاذا لم يكن حاضرا ، أو حضر ولكنه لم يطلب الحصول على حقـــه فانه لايجوز اعطاؤه شيئا من اموال المدين ، كما أنه لايجوز له استرداد حصته من الدائنين ، وذلك استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم لغرماء المدين " خـــذوا ما وجدتم " (١) وانظر كذلك الى انتقال الملكية اليهـــم فيمـــا اخـــذوه

= ـ وانظر كذلك الشيرازى فى المهذب جـ١ ص٣٣٤ ، ٣٣٥

ـ ونهاية المحتاج جـ٣ ص٣١٩ ، ٣٢٠

ـ المغنى جـ٤ ص٤٩١ حيث يقول " ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ثـــم غريم آخر رجع على الغرماء بطسطة لانه لو كان حاضر القاسمهم واذا ظهـــر بعد ذلك قاسمهم كغريم الميت يظهر بعد القسمة وليس قسم الحاكـــم حكما انما هو قسمة بان الخطأ فيها فأشبه مالو قسم مال الميت بـــين غرمائه ثم ظهر غريم اخر ، أو قسم أرضا بين شركائه ثم ظهر شريـــك آخر ، أو الميراث فظهر وارث آخر"

ـ وانظر صاحب التاج المذهب جـ٤ ص١٦٢ " واذا قسم الحاكم مال المفلس بين الغرماء ثم ظهر له غريم آخر وجب أن يسترد له منهم حصته ان انكشف بعد التحصيص بينهم ولو بعد الحكم ، وساء كان الحال فـى ايديهم أم تلف فيغرمون حصته ... وللحاكم ان يحتاط عند التقســيم بأخذ الكفيل من الغرماء برد مايلزم ولا سيما من كان غنيا"

وانظر كذلك البحر الزخار جـ٥ ص٩١

ـ وهذا ماعبر عنه الفقه الامامى بقول صاحب جواهر الكلام جـ٤ص٣٩٢ " اذا قسم مال المفلس على غرمائه ثم ظهر غريم لم يكن يعلم به وليس لـه عين مال قد اختار الفسخ فيها نقضت القسمة بل هى انتقضت من نفسهـــا وشاركهم الغريم لعدم صدق القسمة .... " ولحصول حصته فى كل حصـه دفعت الى كل غريم فتبطل القسمة كما فى شركة الاموال فان المال المشـترك بين ثلاث لو فرض كونه قسم نصفين فانه يبقى للثالث مع كل واحد منهما حصته

(١) مسند الامام احمد جـ٣ ص٣٦

من السـهام (١)

أدلة الجمهور على حتمية المساواه الفعلية

وقد احتج جمهور الفقهاء على شرعية حق الدائن الذى لم يشترك فـى المقاسمة فى الرجوع بقيمة سهمة على بقية الدائنين بما يلى :-

١ - ان مثل هذا الدائن لوكان حاضرا لاجراءات القسمة لقاسم الدائنين الاخرين كواحد منهم ولا يغض من ذلك تخلفه عن الاشتراك فى قسم اموال المدين ، اذ هو فى ذلك لا يعدو أن يكون كأحد غرماء الميت اذا ظهر بعد قسمة تركته دائن آخر.

ولا مشاحة حول حق هذا الدائن الاخير فى الرجوع بسهمة على سائر الدائنين والورثة فيما تركه الميت من اموال ، وليس ثمة فارق بين هـذه وتلك .

٢ - ان قسمة الحاكم لاموال هذا المدين لاتعدو أن تكون قسمة اتضح الخطأ فيها كما هو الحال فى الخطأ الذى يتضح وقوعه فى قسمة لمال بين الشركاء ، أو الخطأ الذى يقع فى قسمة الميراث بين الورثة ، وليس ثمة نزاع حول وجوب تصحيح الخطأ فى مثل هذه الحالات الاخيرة .

والحال كذلك فى قضيتنا تلك ، اذ أن هذه القسمة تمت وفق الظاهر الذى كان يقضى بأنه لادائن للمدين غير هؤلاء " فاذا بان خلاف ذلك وجب نقض القسمة كالحاكم اذا حكم ثم وجد النص على خلافه)(١)

---

(١) حيث يقول ابن حزم جـ٨ ص١٧٤
" ويقسم مال المفلس الذى يوجد له بين الغرماء بالحصص كما يقسم الميراث على الحاضرين الطالبين ... ولا يدخل معهم حاضر لا يطلب ، ولا غائب لم يوكل لان... من لم يطلب فلا يلزم أن يعطى مالم يطلب ، وقد وجب فرضا انصاف الحاضر الطالب ، فلا يمل مطله بغلس فما فوقه وقد قال صلى الله عليه وسلم للغرماء الحاضرين" خذوا ما وجدتم" فاذا اخذوه فقد ملكوه فلا يحل اخذ شئ مما ملكوه "

(٢) الشيرازى فى المهذب جـ١ ص٣٣٤ ، ٣٣٥

٣ ـ أن ملكية ما يحوزه الدائن من نصيب فى أموال مدينه انما تقتصر على ما يعادل سهمه بالنسبة الى حقه ، وبالتالى فان الحصة الزائدة على قدر نصيبه تعتبر غير مملوكة له ، مما يستتبع القول بوجوب استردادها منه ، وردها على هذا الدائن الطارئ وذلك " لحصول حصته فى كل حصة دفعت الى غريم " (١)

تقدير ما ذهب اليه جمهور الفقهاء

والحق : ان الحجج التى استند اليها جمهور الفقهاء انما هى أدلة ـ على حسب فهمى ـ منزهة عن أى مطعن يوهن من قوتها لبلوغها ذروة الفكر التشريعى الذى يتحسس مظان العدالة ليجعل الجميع فى مأمن تحت ظلاله.

ولئن كان من مرجحات اخر فهى تخلص فيما يلى :ـ

أولا : ان جمهور الفقهاء ـ وكما سبق ـ يرون ان الحجر لبعض الدائنين انما هو حجر لهم جميعا ، ولا شك ان التأصيل الاساسى لهذا الحكم انما يتمثل فى رغبة المشرع فى وضع جميع الدائنين على قدم المساواة فى استحقاقهم لاموال المدين .

فلو قيل بعدم جواز رجوع هذا الدائن الطارئ لاستتبع ذلك الاخلال بتلك القاعدة التى تعد دعامة اساسية فى هذا النظام الشرعى ، وذلك فضلا عن تناقضة مع ما قرره جمهور الفقهاء بداية وهذا مما لا يسوغ القول به .

ثانيا : لا يسوغ الاعتراض على ذلك بدعوى ان القول بهذا الحكم سوف يؤدى الى عدم استقرار المراكز القانونية للدائنين الاخرين فيما حازوه من سهام فى اموال مدينهم اذ أن الموازنه بين ضرر وآخر تستدعى منطقيا دفع الضرر الاعلى بالضرر الاخف .

---

(١) جواهر الكلام جـ٤ صـ٣٩٤

وليس ثمة شك فى أن الضرر الاقوى أثرا هنا ، هو فقد أحد الدائنين لكامل حقه ، وقد لايجد من بعد الى الوفاء سبيلا٠

اما الضرر الذى سيعود على الدائنين الاخرين باسترداد جزء مما حازوه فانه الضرر الاخف وذلك يؤدى بداهة الى القول بمنح هذا الدائن الطارئ مكنة هذا الرجوع ٠

ثالثا : اما ما استدل به ابن حزم على عدم جواز هذا الرجوع بقول الرسول صلى الله عليه وسلم للدائنين " خذوا ما وجدتم" فليس فيه - كما يبدو لى - أية دلالة على صدق ما ادعاه من عدم جواز هذا الرجوع ، اذ أن هذا الدليل ينهض على مظنة ان بعض الدائنين قد تخلف عن حضور اقتسام اموال المدين ، وان الرسول صلى الله عليه وسلم قد قضى باحقية الحاجزين لاموال المدين دون من تخلف من دائنية بقوله للاولين " خذوا ما وجدتم"

والحق ان هذا القول الشريف ليس فيه مايدل من قريب أو بعيد على أن هناك من تخلف من الدائنين عن الحضور أمام الرسول صلى الله عليه وسلم لحظة تقسيمه لاموال هذا المدين حتى يكون ذلك دليلا على دعوى ابن حزم ٠

بل انه يبدو لى - ان منطوق هذا الحديث يوحى بعكس ذلك تماما ، اذ أن مفاد قول الرسول صلى الله عليه وسلم للدائنين " خذوا ماوجدتم" يدل على انهم جميعا آنذاك حضور لهذا القسم ٠

ولئن سلمنا جدلا : بأن هذا الحديث ليس فيه دلاله صريحة على ذلك فلابد وأن يسلم ابن حزم كذلك بأنه ليس فى الحديث ما يدل صراحة على دعواه ٠

ومن ثم - تكون الاحتمالات مستوية فى دلالةالحديث ومتى تساوت الاحتمالات فلابد وأن يسقط الاستدلال به تبعا لذلك ٠

رابعا : أن استدلال ابن حزم على عدم جواز هذا الرجوع بدعوى أن الدائنين المشتركين فى القسمة قد تملكوا ما حازوه منها فلا يجوز استرداد شئ منهم،انما هو استدلال محل نظر - ومرد ذلك

أن الملكية لاتنتقل الى الدائنين هنا الا بقدر مالهم من سهام فى أموال مدينهم ، اذ لاحق لهم فيما يجاوز هذه السهام ٠ وبالتالى فان يدهم على ما يجاوز نصيبهم انما هى يد أمانه ، فهل يسوغ لاحد أن يقول بعدم جوازا سترداد الامانة ممن يده عليها ؟

ومن ثم فانه لاحق للدائنين فى حصة هذا الدائن الطارئ مما يفضى الى القول بأنه ليس ثمة ما يحول بينه وبين حقه فى استردادها منهم ٠٠٠٠

ومع ذلك فانه يبدو لى انه لابد من وضع حد زمنى لذلك ،حتى لاتضطرب المعاملات ، وبخاصة ان حق هذا الدائن الذى لم يحصل على سهمه ليس فى دائرة الضياع المطلق أو المتيقن اذ أن حقه لازال متعلقا بذمة المدين ، وهى التى مازالت لها القدرة على الكسب والتملك والميراث وغيره ، وذلك بخلاف الميت الذى لاقدرة له على شئ من ذلك ٠

ويستوى بعد ذلك أن يكون نقض القسمة هو وسيلة حصول هذا الدائن الطارئ على حقه كما يرى ذلك بعض الفقهاء (١) أو تكون هذه الوسيله

---

(١) حيث يرى الفقه الشافعى فى القول الاصح عنده ، وكذلك فقه الزيدية والامامية أن رجوع هذا الدائن بسهمة فى هذه الحالة انما يكون عن طريق نقض القسمة٠

انظر فى ذلك نهاية المحتاج جـ٣ صـ٣١٩ ، ٣٢٠ والبحر الزخار جـ٥ صـ٩١ وتحرير الاحكام الشرعية جـ١ صـ٢١٦

- وان كان الفقه الزيدى قد افتى بجواز اخذ الحاكم للكفالةمن الدائنين للاحتياط من أن يكون ثم غريم آخر لم يقاسمه وفى ذلك يقول صاحب =

متمثلة فى رجوعه على الدائنين الاخرين كل بقدر ما حازه من سهم فى أموال هذا المدين دون حاجة الى نقض هذه القسمة وهو ما يراه جمهور الفقهاء (١)

وتجدر الاشارة اخيرا :

الى ان رجوع مثل هذا الدائن الطارئ بسهمه ، انما هو شروط كما يرى جمهورالفقهاء بعدم علمه بحالة مدينه وما اتخذ ضده من اجراءات بهدف تصفية امواله وقسمتها بين دائنيه •

ومرد ذلك :ـ أن تخلف الدائن عن المشاركة فى قسم أموال المدين مع علمه بذلك ليس له من دلاله الا رضاه بترك المحاصة مع سائر الدائنين الاخرين •

وذلك فضلا عما يدل عليه ذلك من الرغبة فى ابقاء ذمة مدينه مشغولة بكامل حقه •

ومن ثم فانه لاحق لمثل هذا الدائن آنذاك فىالمطالبة بحقه بعد ذلك(٢)

= التاج المذهب جـ٤ صـ١٦١ " وللحاكم أن يحتاط عند التقسيم بأخذ الكفيل من الغرماء برد ما يلزم رده ولاسيما ممن كان غنيا"

(١) انظر فى ذلك الشرح الصغير جـ٢ صـ١١٦ وشرح منتهىالارادات جـ٢صـ١٤٨ ونهاية المحتاج جـ٣ صـ٣١٩ ، ٣٢٠ ، شرح النيل جـ٧ صـ١٥٤

(٢) انظر فى ذلك مدونة الامام مالك جـ٤ صـ١١٧ حيث جاء فيها " قلت لابن القاسم أرأيت ان كان معه فى المصر غرماء له ، ففلس هذا المديان بعض غرمائه ولم يقم عليه من بقى من الغرماء وهم فى المصر قد علموا به حين فلس فقاموا بعد ذلك على الذين اقتضوا حقوقهم ، ايكون لهم ان يتبعوهم فيحاصوهم فىقول مالك ؟ قال : ماسمعت من قول مالك فيه شيئا ولكن مالك قال فى الرجل يعتق عبده وعليه دين يفترق ماله فلا يقوم عليه الغرماء الا بعد ذلك وقد علموا بالعتق فلم يقوموا عليه حين اعتق فانه لايرد لهم العتق بعد ذلك لانهم تركوا القيام عليه حين اعتق عبده وقد علموا بذلك وكذلك مسألتك لانهم حين تركو أن يقوموا عليه عندما فلس وهم حضور وقد علموا

....

= بالتفليس فقد رضوا أن يكون حقهم فى ذمة الغريم فى المستقبل ورضوا أن يتركوا المحاصة مع هؤلاء الذين اخذوا المال - قال سحنون - وقد قيل انه يوقف لهم حقوقهم بأنه قد ضرب على يديه ليقسم ماله والحاضر والغائب سواء الا أن يتبين من الحاضر أنه تارك لحقة فى ذمة الغريم وراض باقتضاء هؤلاء حقوقهم "

وانظر كذلك :-

- الام للشافعى جـ٣ صـ١٨٤
- المغنى جـ٤ صـ٤٩١
- التاج المذهب جـ٤ صـ١٦٢
- جواهر الكلام جـ٤ صـ٣٩٢

المبحث الثاني

موقف القانون الوضعى من مراتب توزيع
أموال المدين فى الفقه الاسلامى

وسنتناول فى هذا المبحث وجه الموازنة أو المقارنة بين ما عليه الفقه الاسلامى والقانون الوضعى فيما سبق من النقاط التى تناولناها فى المبحث السابق ومن هنا لم يخالف المقنن الوضعى منهج الفقه الاسلامى فيما سنه هذا الاخير من قواعد يتحتم اتباعها فى توزيع أموال المدين بعد التنفيذ الجبرى عليها بالبيع ٠

ولعل النظرة العجلى الى ما سنه المقنن المدنى من احكام فى هذا الصدد تفصح جليا عن صدق هذا القول وهو ما سنذكره فى المطالب التالية ٠

المطلب الأول

فى المصروفات القضائية

نجد أن المقنن الوضعى قد جعل لها الاولوية الاولى فى الوفاء على ماعداها من سائر الديون ، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة ١١٤٨ مدنى من أن :

" ١ـ المصروفات القضائية التى انفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ اموال المدين وبيعها لها امتياز على ثمن هذه الاموال ٠"

٢ ـ وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمى بما فى ذلك حقوق الدائنين الذين انفقت المصروفات فى مصلحتهم وتتقدم المصروفات التى انفقت فى بيع اموال المدين على تلك التى انفقت فى اجراءات التوزيع "

بل اننا نرى أن الفقه الوضعى ، وقد اسبغ على هذه المصروفات شوب الامتياز العام ، اذا كان انفاقها من اجل التنفيذ على جميع اموال المدين وما ذلك الا لأن ثمن جميع هذه الاموال هو كل ما يملكه المدين (١)

وما من شك فى أن الحكمة التى حدت بالمقنن الوضعى الى سن هذا الحكم انما ترجع الى ان هذه المصروفات قد انفقت لمصلحة جميع الدائنين مما يستتبع وجوب القول بحتمية تقدمها فى الوفاء على ماعداها من سائر الديون

وما من شك كذلك فى ان مصدر ثبوت مثل هذا الحق انما هو النص القانونى ، دون ان يكون لارادة الدائنين دخل فى ذلك .

بيد أن المقنن الوضعى قد اشترط لاعمال هذا الحكم حتمية توافر الشرطين التاليين

الشرط الاول

أن تكون هذه المصروفات قضائية (٢) : وهى تلك التى انفقت أمام القضاء وأعوانه بهدف الحفظ القانونى لاموال المدين وبيعها وتوزيع اثمانها فخرج بذلك:

ما اذا كانت هذه المصروفات قد انفقت بهدف الحفظ المادى للمنقول كما هو الحال فى نفقات حفظ المنقول وترميمه ، اذ أن هذه النفقات الاخيرة وان كانت تمثل حقا ممتازا الا أن امتيازها يحتل المرتبة الثالثة فى حقوق الامتياز وذلك وفقا لما نصت عليه المادة ١١٤٠ مدنى .

---

(١) الاستاذ السنهورى فى الوسيط جـ١٠ف ٦٧٣ صـ٩٤٧ ط بيروت
اما لوكان التنفيذ يجرى على مال معين فان الامتياز هنا يكون امتياز خاصا . السنهورى فى المرجع والموضع السابق .

(١) وقد ذكر د/ احمد أبو الوفا
ان القاضى هو الذى يحدد مصاريف الحجز والبيع والتوزيع وهذه لها الاولوية على أى حق ولو كان مضمونا برهن أو كان ممتازا ...... ثم يوزع الحصيلة بالترتيب المقرر فى القانون الموضوعى ، ويوزع المتبقى منها

الشــرط الثانى :

أن تكون هذه النفقات قد انفقت لمصلحة جميع الدائنين كما هو الشأن فـى نفقات الحجوز التحفظية مثلا وكما هو الحال كذلك فى مصروفات الاجراءات التى يتخذها بعض الدائنين بهدف الحفاظ هلى الضمان العام للدائنين (١)

فخرج بذلك المصروفات التى ينفقها بعض الدائنين لمصلحة خاصة ، كمـا هو الحال فى النفقات التى ينفقها احد الدائنين على اجراءات تحقيق الديـن مثلا .

المطلب الثانى

بالنسبة لامتياز بعض الديون التى لها تعلق خاص ببعض أموال المدين

وهنا لانجد أيضا أن المقنن الوضعى قد خالف منهج الفقه الاسلامى فى شئ ، بل ان ما نص عليه المقنن الوضعى فى هذا الصدد ، قد يصل الـى حد التطابق فى بعض الاحيان ومثال ذلك ما نص عليه المقنن الوضعى مـن امتياز حق المؤجر على المنقولات الموجودة بحوزة المستأجر ، بالنسبة لمـا يستحقه من اجرة لمدة معينة ، وذلك حسب مرتبة هذا الامتياز الخاص حيث نصت المادة ١١٤٣ مدنى " ١_ اجرة المبانى والاراضى الزراعية لسنتين أو لمدة

= _ ان كان _ على الدائنين العاديين توزيعا نسبيا أى بحسب نسبة كـل دين الى مجموع الدين (أى قسمة غرماء)

راجع فى غصيل ذلك د/ احمد أبو الوفا فى المرجع السابق ف٤١٣ ص٨٦٦

(١) السنهورى فى المرجع السابق جـ ١٠ ف ٦٧٢ ص٩٤٦

الايجار ان قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الايجار يكون لها جميعا امتياز على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز من محصول زراعى ٠

٢ - ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها وذلك دون اخلال بالاحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة ٠

٣ - ويقع الامتياز أيضا على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن اذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الايجار من الباطن فاذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز الا للمبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الاصلى فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر٠

٤ - وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الاموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر الا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ فى حق المؤجر باعتباره حائزا حسن النية ٠

٥ - واذا انتقلت الاموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ، ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازه ، بقى الامتياز قائما على الاموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه الغير حسن النية على هذه الاموال ، ويبقى الامتياز ولو اضر بحق الغير مدة ثلاث سنوات من يوم نقلها اذا أوقع المؤجر عليها حجزا استحقاقيا فى الميعاد القانونى ، ومع ذلك اذا بيعت هذه الاموال الى مشتر حسن النية فى سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها وجب على المؤجر أن يرد الثمن الى هذا المشترى "

ومفهوم هذا النص أن المقنن قد رتب للمؤجر حق امتياز - حسب مرتبته - على ما يوجد بالعقار المستأجر منه ، كالزرع الموجود فى الارض اذا كان محل الايجار ارضا زراعية ، والمنقولات الموجودة فى العين المؤجرة اذا كان محل الايجار مسكنا ، وهذا هو نفس ما سبق ان رأيناه فى الفقه الاسلامى كما سبق .

وان كان الخلاف بينهما يبدو جليا :-

فى أن المقنن الوضعى قد قضى بسريان الامتياز على كل منقول يوجد بالعين المؤجرة ، حتى ولو كان مملوكا لغيره كما هو الحال بالنسبة لمنقولات الزوجية اذا لم يعلم المؤجر بملكيتها لهذه المنقولات ورغم رغبتها فى اخراجها من وعاء الامتياز .

وكما هو الحال كذلك بالنسبة للمنقولات المملوكة لغير الزوجه والموجودة بالعين المؤجرة متى كان المؤجر حسن النية أى لا يعلم بوجود حق للغير على هذه المنقولات .

وذلك فضلا عن ان المقنن الوضعى قد حدد لذلك مدة لا تتعدى سنتين .

ولا شك ان هذه الاحكام الاخيرة تخالف ما سبق أن رأيناه فى أن الفقه الاسلامى يقضى بسريان الامتياز على ما كان مملوكا للمدين المستأجر فقط كما هو الحال فى الزرع الموجود بالعين المستأجرة منه .

كما أن الفقه الاسلامى لم يحدد مدة معينة لقيمة ما يستحقه المؤجر من المبالغ الممتازة .

المطلب الثالث

فى الديون المضمونة بتأمين عينى

لا شك ان الدين المضمون بتأمين عينى يستحق الاولوية فى الوفاء به ،

بموجب ارادة المتعاقدين ، كما أنه يخول صاحبه حق التقدم على سائر الدائنين العاديين وذلك وفق ما نصت عليه المادة ١٠٥٦ مدنى من انه "يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذى حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد اجروا القيد"

ولكن هل يتأخر الوفاء بمثل هذا الدين المضمون بتأمين عينى كرهن مثلا عن الوفاء بالمصروفات القضائية كما هو الحال فى الفقه الاسلامى ؟

وتجيبنا الفقرة الثانية من المادة ١١٣٨ مدنى بأن الدين المضمون بتأمين لابد وأن يتأخر فى الوفاء به على المصروفات القضائية حتى ولو كان سابقا فى قيده على انفاق تلك المصروفات .

وهذا هو مانصت عليه الفقرة السابقة بقولها :

" تستوفى هذه المبالغ قبل أى حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمى"(١)

وهنا يثار تساؤل اخر وهو هل يتأخر الوفاء بالدين المضمون بتأمين عينى عن تلك الديون التى اسبغ عليها المقنن وصف الامتياز الخاص ؟

ويجيبنا التقنين المدنى بأن العبرة فى ذلك هى بأسبقية القيد ، التى تخول الحق فى التقدم للسابق بل فى ثبوت حق امتياز على العين سواء كانت محلا لحق امتياز أو رهن رسمى .

المطلب الرابع

بالنسبة للديون العادية

نجد أن منهج المشرع الوضعى يخالف ما ذهب اليه جمهور الفقه الاسلامى

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك
السنهورى فى الوسيط جـ١٠ ف ٢٤٣ صـ٥٠٠ ، ٥٠١

حيث يقضى الاول بقصر الحق فى اقتسام اموال المدين على من كان طرفا فـــى خصومة التنفيذ وذلك لايثبت الا لنوعين من الدائنين :ـ

النوع الاول :

الدائنون الذين وقعو حجوزا على لمال محل التنفيذ أو على ثمنه •

الينوع الثانى :

الدائنون الذين اعتبروا بحكم القانون اطرافا فى خصومة التنفيذ وهؤلاء هم الدائنون اصحاب الحقوق المقيدة على العقار والذين اخطروا بايداع قائمـــة شـــروط البيع (١)

بل انالمشرع الوضعى بين ان لكل مشترك فى الحجز ، الحق فى اقتسام اموال المدين •

ولكنه قصر الحق فى ذلك على من تمت اجراءات حجزه فى لحظة معينـــة تختلف بحسب الاحوال •

ففى حالة الحجز على نقود لدى المدين نرى أن المشرع الوضعى قد جعـــل من وقت الحجز حدا فاصلا بين من يجوز له الاشتراك فى قسم أموال المديـــن ومن لا يجوز له ذلك •

اذ قصر المشرع الوضعى الحق فى ذلك على من اوقع ذلك الحجز دون غيره من الدائنين اللاحقين فى حجزهم عليه •

ومن ثم : فانه لا مجال لاشتراك غيره معهم اللهم الا اذا تعدد الدائنـــون الحاجزون باجراءات واحدة•

---

(١) انظر تفصيل ذلك

ـ د• فتحى والى فى المرجع السابق ف٣٠٥ ص٥١٢ ، ٥١٣

ـ احمد أبو الوفا ف ٤١١ ص٨٦٣

ـ د• محمد عبد الخالق عمر فىالمرجع السابق ف٤٢٠ ص٤٣٣ وما بعدها

ـ محمد محمد ابراهيم فى المرجع السابق ص ٦٣٦

وفى حالة ما اذا كان الحجز على منقول غير النقود ، أو كان على عقار فان لحظة تمام بيع المال هى الحد الفاصل بين من يجوز له الاشتراك فى قسم أموال المدين ومن لا يجوز له ذلك ٠

ومن المعلوم ان لحظة تمام بيع المنقول تتحدد بصدور قرار برسو المزاد على المشترى وذلك بخلاف العقار حيث تتحدد لحظة تمام بيعه بصدور قرار من المحكمة بايقاع البيع ٠

وفى حالة ما اذا كان الحجز واقعا على حق ماللمدين لدى الغير من المنقولات فان تلك اللحظة تتحدد بانقضاء خمسة عشر يوما على تاريخ التقرير بما فى الذمة (١)

ولئن كان موقف القانون الوضعى يختلف مع ما يراه جمهور الفقه الاسلامى فى هذا الصدد ، فان لما رآه سندا فيما قضى به الفقه الظاهرى كما سبق أن اوضحنا رأيه ٠

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك كله ٠
د٠ فتحى والى المرجع والموضع السابق ،
د٠ احمد أبو الوفا فى المرجع والموضع السابق
د٠ محمد عبد الخالق عمر المرجع والموضع السابق
د٠ محمد محمود ابراهيم المرجع والموضع السابق٠
وانظر ايضا ٠
- وجدى راغب المرجع السابق ص٢٤١
- رمزى سيف المرجع السابق ص٥٦٧
- امينة النمر المرجع السابق ص٥٣٨

اهم المراجع

أولا : من كتب الحديث النبوى الشريف

١ ـ شرح النووى على صحيح مسلم :
للامام ابن زكريا يحيى بن شرف الدين النووى الشافعى المتوفى سنة ٦٥٦هـ
وهو شرح لمتن صحيح الامام مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابـــورى
المتوفى سنة ٢٦١ هـ٠
ط دار الشعب ـ تحقيق الاستاذ احمد أبو زينة ، ط صبيح سنة ١٣٣٤هـ

٢ ـ مسند الامام احمــــد :
لابى عبد الله احمد محمد بن حنبل رضى الله عنه وبهامشه منتخب كنـــز
العمال فى سنن الاقوال والافعال لسيدنا علاء الدين على بن حسام الديـن
الشهير بالمتقى الهندى ـ المطبعة الميمنية مصر سنة ١٣٠٦ هـ

ثانيا : من كتب اصول الفقه وقواعده

٣ ـ الاشباه والنظائر :
للامام الشيخ جلال الدين عبد الرحمن السيوطى الشافعى المتوفى ســـنة
٩١١ هـ مطبعة دار احياء الكتب العربية ٠

ثالثا : من كتب الفقه الاسلامى

أ ـ من مراجع الفقه الحنفـــى

٤ ـ البحر الرائق شـــرح كنز الرقائق
للامام زين العابدين بن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠ هـ مع تكملته (الجـــزء
الثامن منه) للشيخ محمد الطورى طبع المطبعة العلمية بمصر سنة ١٣١١هـ

٥ ـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع
للامام علاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاسانى الملقب بملك العلمـــــاء
والمتوفى سنة ٥٨٧ هـ ـ ط ١٣٢٨ بالقاهرة ٠

٦ ـ تبيين الحقائق شـــرح كنز الرقائق :
للامام عثمان بن على الزيلعى المتوفى سنة ٧٤٣ هـ ، وهو شرح على متن كنز الرقائق للامام النسفى المتوفى ٥٧١ هـ ط المطبعة الاميرية ببولاق سـنة ١٣١٥ هـ وعلى هامش كتاب الفوائد الرقائق فى تبيين الحقائق أو حاشـية الشلبى للامام شهاب الدين احمد الشلبى.

٧ ـ الدر المختار شرح تنوير الامصـــار:
للامام علاء الدين الحصكفى المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ وبهامشه حاشيـــة الامام الطحطاوى المتوفى ١٢٣١ هـ طبع المطبعة العامرة ببولاق سنة ١٢٨٢ هجرية .

٨ ـ رد المحتار على الدر المختار أو حاشية ابن عابدين
للامام محمد امين بن عابدين الدمشقى المتوفى ١٢٥٢ هـ ـ طبع المطبعـــة الاميرية ببولاق سنة ١٣٢٦ هـ

٩ ـ رمز الحقائق على كنز الدقائق :
للامام محمود بن احمد العينى المتوفى سنة ٨٥٥ هـ ـ طبع المطبعـــــة العلمية بمصر ١٣١١ هـ بهامش البحر الرائق السابق ذكره .

١٠ ـ العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية :
للامام ابن عابدين السابق الذكر ، وهو شرح على متن الفتاوى الحامديه لمفتى دمشـــق الامام الشيخ حامد العمادى ، طبع المطبعة العـامـــرة بمصـــر ١٣٠٠ هـ.

١١ـ فـــتح القـــدير
للامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى ثم السكندرى المشهـــور بابن الهمام والمتوفى سنة ٨٦١ هـ ، وبهامشه كتاب نتائج الافكار فـــى كشف الرموز والاسرار " تكملة فتح القدير " للامام شمس الدين احمـــد بن قدور المعروف بقاضى زادة افندى المتوفى سنة ٩٨٨ هـ طبع المطبعـــة الاميرية بمصـــر ١٣١٧هـ .

١٣ ـ الفتاوى الطرسوسية ، أو أنفع الوسائل الى تحرير المسائل :
لقاضى القضاة : الامام نجم الدين ابراهيم على بن محمد الطرسوسى المتوفى سنة ٧٥٨ هـ طبع المطبعة الشرفية بمصر ١٣٤٤ هـ سنة ١٩٢٦ م

١٣ - **الفتاوى الهندية أو العليكرية**

لمجموعة من علماء الهند ، جمع الامير الهندى عليكو المتوفى سنة ١٠٧٠ هـ وعلى هامش مجلداتها الثلاثة الاولى الفتاوى الخانية لقاضى خان المتوفى سنة ٥٩٢ هـ طبع المطبعة الاميرية ببولاق سنة ١٣١٠هـ

١٤ - **مجمع الانهر فى شرح ملتقى الابحر :**

للامام عبد الرحمن محمد بن سليمان افندى المتوفى سنة ١٠٨٧ هـ ، وهو شرح على متن ملتقى الابحر للشيخ محمد ابراهيم بن محمد الحلبى المتوفى سنة ٩٥٦ هـ طبع مطابع دار الخلافة الاستانه سنة ١٢٧٣ هـ .

١٥ - **مجمع الضمانات :**

للامام ابى محمد بن غانم الهندى المتوفى سنة ١٠٢٧ هـ - طبع المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٠٨ هـ

١٦ - **الهداية شرح بداية المبتدى :**

كلاهما (المتن والشرح) لشيخ الاسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ب - من مراجع الفقه المالكى

١٧ - **اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك أو الشرح الصغير :**

لسيدى الامام احمد الدردير وهو مطبوع مع حاشية الفتاوى

١٨ - **حاشية الدسوقى على الشرح الكبير :**

للامام شمس الدين محمد بن احمد بن عرفة الدسوقى المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ وهى هاشية على الشرح الكبير للامام الدردير رضى الله عنه - طبع المطبعة الازهرية ١٣٠١ هـ.

١٩ - **حاشية العدوى على شرح الخرشى :**

للامام الشيخ على العدوى المتوفى ١١٠١ هـ ، والمطبوعة على هامش شرح الخرشى

٢٠ _ شـــرح الخرشى على مختصر خليل :
للمحقق ابى عبد الله محمد الخرشى المتوفى سنة ١١٠١ هـ طبع المطبعـة العامرة ١٣١٦ هـ

٢١ _ شـــرح الزرقانى على مختصر خليل :
للامام الشيخ عبد الباقى الزرقانى وعليه حاشية للشيخ محمد البنانى طبـع مطبعة مصطفى محمد بمصـــر

٢٢ _ مدونة الامام مالك :
لامام دار الهجرة ، الامام مالك بن انس المتوفى سنة ١٧٩ هـ رواية تلميذه الامام سحنون بن عبد السلام بن سعيد التنوقى المتوفى سنة ٢٤٠هـ طبع المطبعة الخيرية بمصر ١٣٢٤ هـ

٢٣ _ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل :
للامام ابى عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب والمتوفـــى سنة ٩٥٤ هـ طبع مطبعة السعادة _ القاهرة سنة ١٣٢٩ هـ٠

ج _ من مراجع الفقه الشافعى

٢٤ _ الام
للامام الاجل سيدنا أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤ هـ رواية تلميذه الامام الربيع بن سليمان المرادى طبع المطبعـــــة الاميرية ببولاق سنة ١٣٢١ هـ٠

٢٥ _ تحفة المحتاج بشرح المنهاج :
للامام شهاب الدين احمد بن محمد بن حجر الهيثمى المتوفى سنة ٩٧٤ هـ طبع المطبعة الاميرية سنة ١٣٠٤ هـ وبهامش حاشية الشيــــــخ عبد الحميد الشروانى ٠

٢٦ _ حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج
للامام الشيخ ابن الضياء نور الدين على بن على الشبراملسى المتوفى سنـة ١٠٨٧ هـ وهو مطبوع على هامش نهاية المحتاج ٠

٢٧ - **حاشية البرماوى على شرح الغاية :**
للامام الشيخ ابراهيم البرماوى البيجرمى - طبع المطبعة الازهرية لمصر سنة ١٣١٩ هـ

٢٨ - **الغرر البهية فى شرح البهجة الوردية**
لشيخ الاسلام ابى يحيى زكريا الانصارى ط المطبعة اليمانية بالقاهرة سنة ١٣١٨ هـ

٢٩ - **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب :**
كلاهما (المتن والشرح) لشيخ الاسلام ابى يحى الانصارى وهو مطبوع على حاشية البيجرمى السابقة .

٣٠ - **قليوبى وعميرة :**
حاشيتا الامامين المحققين المدققين الشيخ شهاب الدين القليوبى والشيخ عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للشيخ محى الدين النووى طبع بمطبعة دار احياء الكتب العربيه لاصحابها عيسى البابى .

٣١ - **المهذب :**
للامام ابى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروزابادى الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦ هـ طبع مطبعة البابى الحلبى بمصر سنة ١٣٧٩ هـ سنة ١٩٥٩ م.

٣٢ - **مغنى المحتاج الى معانى الفاظ المنهاج :**
للشيخ محمد بن احمد الشربينى الخطيب وهو مطبوع مع المجموع للامام النووى .

٣٣ - **نهاية المحتاج الى شرح المنهاج :**
للامام الشيخ شمس الدين محمد بن شهاب احمد الرملى المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ طبع المطبعة البهية المصرية سنة ١٢٨٦ هـ وهو شرح لكتاب منهاج الطالبين للامام يحيى بن شرف النووى والمطبوع على هامش نهاية المحتاج .

د - من مراجع الفقه الحنبلى

٣٤ - الشـرح الكبير
للامام شمس الدين عبد الرحمن بن ابى عمر بن قدامة المقدسى التوفـى سنة ٦٣٠ هـ وهو مطبوع على هامش كتاب المغنى .

٣٥ - دقائق أولى النهى لشرح المنتهى :
للامام الشيخ منصور بن ادريس البهوتى المتوفى سنة ١٠٥١ هـ وهو شـرح على منتهى الارادات للشيخ تقى الدين القنوجى - طبع المطبعة العامرة الشرفية بمصر ١٣١٩ هـ

٣٦ - كشاف القناع على متن الاقناع :
للامام الشيخ ابن ادريس البهوتى - طبع مطبعة انصار السنة المحمديـة سنة ١٣٦٦ هـ سنة ١٩٤٧ م

٣٧ - المغـنى :
للامام الشيخ محمد بن عبد الله بن احمد موفق الدين بن قدامة المتوفـى سنة ٦٢٠ هـ طبع مطبعة المنارسنة ١٣٤٧ هـ

هـ - من الفقه الظاهرى

٣٨ - المحلـى :
للامام ابى محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهرى المتوفى سنة ٤٥٦ هـ وهو من اشهر الكتب فى الفقه الظاهرى طبعة ادارة الطباعـة المنبرية فى مصر ١٣٥٠ هـ

و - من مراجع الفقه الزيدى

٣٩ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء لامصار :
للشيخ المهدى لدين الله احمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ طبع مطبعة انصار السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٦٨ هـ سنة ١٩٤٩م

٤٠ - **التاج المذهب لاحكام المذهب :**
للشيخ احمد بن قاسم العنسى اليمانى الصنعانى الطبعة الاولى - ١٣٥٧هـ ١٩٣٩ م مطبعة البابى الحلبى بالقاهرة .

٤١ - **الروضى النضير شرح مجموع الفقه الكبير :**
للقاضى شرف الدين الحسن بن احمد بن الحسين السباعى الحيمى الصنعانى المتوفى سنة ١٢٢١ هـ طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٤٧هـ

ز - من مراجع الفقه الامامى

٤٢ - **تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية :**
للشيخ جمال الدين ابن القاسم الحسن بن يوسف بن على الحلى المتوفى سنة ٧٢٦ هـ طبعة ١٣١٤ هـ

٤٣ - **جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام :**
للشيخ محمد حسين بن باقر النجفي المتوفى سنة ١٣٢٢ هـ ط ١٣٣١ ، ١٣٥٥هـ

٤٤ - **مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة :**
للشيخ محمد جواد بن محمد الحسنى العاملى المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ وهو شرح لكتاب قواعد الاحكام فى مسائل الحلال والحرام أو قواعد العلامة للشيخ الحلى المطبوع معه ط مطبعة الشورى بالفجالة سنة ١٣٣٦ هـ

ح - من مراجع الفقه الاباضى

٤٥ - **شرح النيل وشفاء العليل :**
للشيخ محمد بن يوسف اطفيش المتوفى ١٣٣٢ هـ وهو شرح لكتاب النيل وشفاء العليل للشيخ ضياء الدين عبد العزيز بن ابراهيم المتوفى سنة ١٢٢٣ هـ طبع المطبعة السلفية بمصر ١٣٤٣ هـ

رابعا : من الرسائل العلمية

من رسائل الدكتوراه

٤٦ - الاستاذ الكبير / جميل الشرقاوى فى رسالته نظرية بطلان التصرف القانونى ط ١٩٥٦

٤٧ ـ الاستاذ الدكتور / عبد الرازق حسن فرج فى نظرية العقد الموقـــوف ط ١٩٦٩م

٤٨ ـ الاستاذ الدكتور / عبد الودود يحيى فى حوالة الدين ط ١٩٦٠م

خامسا : من المراجع القانونية العامة

٤٩ ـ الاستاذ الدكتور / احمد ابو الوفا فى اجراءات التنفيذ فى المـــواد المدنيـة والتجارية ط ١٩٧٦م

٥٠ ـ الاستاذ الدكتور / اسماعيل غانم فى مصادر الالتزام واحكام الاثبات ط ٧١ / ٧٢ ، ط ١٩٦٧ م

٥٢ ـ الاستاذ الدكتورة / امينة النمر فى اجراءات التنفيذ الجبرى وطرقة ط ١٩٧٠م

٥٢ ـ الاستاذ الدكتور / انور سلطان فى مصادر الالتزام واحكامه ط ١٩٥٨ م ،

٥٣ ـ الاستاذ الدكتور/ حسن الزنون فى عقد البيع فى القانون المدنى العراقـــى ط ١٩٥٣ م.

٥٤ ـ الاستاذ الدكتور / رمزى سيف فى قواعد تنفيذ الاحكام الطبعة الثامنـــة ط ١٩٦٩ م

٥٥ ـ الاستاذ الدكتور/ عبد الرازق السنهورى فى الوسيط ط مطبعة لجنـــة التأليف والترجمة والنشر سنة ١٩٦٧ م

٥٦ ـ الاستاذ الدكتور / عبد الرازق السنهورى فى مصادر الحق ط ١٩٨٢ م

٥٧ ـ الاستاذ الدكتور / عبد العزيز بديوى فى قواعد واجراءات التنفيذ الجبرى و التحفظ ط ١٩٧٥م.

٥٨ ـ الاستاذ الدكتور/ فتحى والى فى التنفيذ الجبرى وفقا لمجموعة المرافعـات المدنية والتجارية ط ١٩٨٠م.

٥٩ ـ الاستاذ الدكتور / محمد عبد الخالق عمر فى مبادئ التنفيذ ط ١٩٧٨ م

٦٠ - الاستاذ الدكتور/ محمد محمود ابراهيم فى اصول التنفيذ الجبرى نشر دار الفكر العربى ١٩٨٣

٦١ - الاستاذ الدكتور / وجدى راغب فى النظرية العامة للتنفيذ القضائى نشر دار الفكر العربى

سادسا - من البحوث والمقالات المنشورة
فى المجلات العلمية

٦٢ - الاستاذ الدكتور / جميل الشرقاوى فى بحثة " دراسة فى طبيعة الدعوى البوليصية " بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد يناير ١٩٥٩م ٠

تمت بحمد الله

فهرســـت

صفحة	الموضــــوع
٥	تمهـــــيد
٧	الفصـــل الاول : فى اجراءات التنفيذ الجبرى على امـــوال المدين
٩	المبحث الاول : البيع بطريق المزاد العلنى
١١	المطلب الاول : فى الفقه الاسلامى
١٥	المطلب لثانى : فى القانون الوضعى
١٩	خلاصة ومقارنة
٢١	المبحث الثانى : خيار الحاكم فى البيع
٢١	المطلب الاول : فى الفقه الاسلامى
٢٥	المبحث الثالث : حضور الدائنين ومدينهم وقت المزايدة لايقاع البيع
٢٥	المطلب الاول : فى الفقـــه الاسلامى
٢٨	المطلب الثانى : موقف القانون الوضعى من استحـــباب حضور الدائن والمدين لاجراءات التنفيذ على المال .
٣١	الفصل الثانى : طبيعة الجزاء على تصرفات المدين فى امواله المحجوز عليها وشروط تطبيقه .
٣٣	المبحث الاول : فى طبيعة الجزاء على تصرفات المدين فـــى امواله المحجوز عليها .
٣٥	المطلب الاول : طبيعة الجزاء على تصرفات المدين فـــى الفقه الاسلامى
٤٥	المطلب الثانى : طبيعة الجزاء على تصرفات المدين فـــى امواله المحجوز عليها فى القانون الوضعى
٥٦	خلاصة ومقارنـــه
٥٩	المبحث الثانـــى : فى شروط عدم نفاذ التصرف فى الامـــوال المحجوز عليها .
٦١	المطلب الاول : شروط عدم نفاذ التصرف فى الامـــــوال المحجوز عليها فى الفقه الاسلامى

صحيفة	الموضـــــــوع
٧٥	المطلب الثانى: شروط عدم نفاذ التصرف فى الامـــوال المحجوز عليها فى القانون الوضعى
٨١	الفصل الثالث : فى مراتب توزيع اموال المدين بعد التنفيـــذ عليها بالبيع •
٨١	المبحث الاول : مراتب توزيع اموال المدين فى الفقه الاسلامى
٨١	المطلب الاول : فى الوفاء بالديون التى لها امتياز عـــام على جميع اموال المدين •
٨٢	المطلب الثانى : فى الوفاء بالديون ذات الامتياز الخاص
٨٤	المطلب الثالث : فى الوفاء بالديون المضمون بتأمين عينى
٨٦	المطلب الرابع : فى الوفاء بالديون العادية
٨٩	ادلة الجمهور على حتمية المساواة الفعلية
٩٠	تقدير ما ذهب اليه جمهور العلماء
٩٥	المبحث الثانى : موقف القانون الوضعى من مراتب توزيع اموال المدين فى الفقه الاسلامى
٩٥	المطلب الاول : فى المصروفات ا لقضائية
٩٧	المطلب الثانى : بالنسبة لامتياز بعض الديون التى لهـــا تعلق خاص ببعض اموال المدين
٩٩	المطلب الثالث : الديون المضمونة بتأمين عينى
١٠٠	المطلب الرابع : بالنسبة للديون العادية
١٠٣	اهم المراجـــع

رقم الايداع بدار الكتب
١٩٨٦ / ٤١٧٩

طبـــع بمطبعة حمـــدى
شارع ابو بكر الصديق ـ مدينة النور ـ شـبرا ـ القاهرة